N.º 29
Julio
Diciembre
2009

Revista Jurídica *de la* Comunidad de Madrid

Revista JURÍDICA de la Comunidad de Madrid

N.º 29 Julio – Diciembre 2009 Año 2009

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº 28. Julio - Diciembre 2009

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 29. Julio - Diciembre 2009

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

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

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

Imprime:
Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

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

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

Y en Intranet
http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 700 ejemplares
Edición: 08/07
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
IMPRIME: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

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

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

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

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

ÍNDICE

ESTUDIOS

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICO

POR
NUÑO DE JUAN LEDESMA
INSPECTOR DE HACIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

1. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la aprobación de la Constitución Española de 1978 se inició un rápido proceso de descentralización política en España que, en buena lógica, ha ido acompañado (aunque no acompasado) de una descentralización del poder financiero a favor de los entes territoriales menores: las comunidades autónomas y las entidades locales.

El carácter ambiguo e inacabado de la regulación constitucional del modelo territorial de España, tiene su reflejo en la vertiente financiera del mismo, regulada fundamentalmente en los artículos 156 a 158 de la Carta Magna.

En el presente trabajo intentaremos estudiar la próxima reforma del sistema de financiación autonómica a la luz de los principios constitucionales aplicables en esta materia (principios de solidaridad, autonomía financiera, suficiencia, coordinación, lealtad y colaboración). Esta reforma ha tenido como antecedentes las recientes modificaciones de los Estatutos de autonomía de las CCAA y las distintas propuestas de reforma que desde las propias CCAA y otros agentes se han hecho en forma de informes y documentos de diagnostico. El

resultado de este largo proceso es el Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, del Consejo de Política Fiscal y Financiera (en adelante Acuerdo 6/2009 del CPFF). Queda pendiente el conjunto de medidas legislativas necesarias para la eficacia del nuevo sistema y la tan esperada sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán. El estudio de estos principios constitucionales (como de casi ninguno derivado de la Carta Magna) puede hacerse de forma aislada, sino que deben considerarse de forma conjunta sobre todo en aquellos casos en que unos principios son límite de otros.

En los últimos tiempos se han aprobado nuevos textos estatutarios que, de alguna manera, condicionan el diseño del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas. En primer lugar, haremos referencia al encaje que tienen los Estatutos de autonomía como norma de desarrollo de la financiación autonómica y, en particular, su relación con la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

A la vista de lo anterior, veremos los efectos que la reforma del Sistema de Financiación de las Autonomías puede tener en los principios constitucionales. Esto lo haremos teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, especialmente los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la materia (STC 13/2007, de 18 de enero de 2007 y STC 58/2007, de 14 de marzo) que pueden servir de precursores a futuras sentencias del Alto Tribunal. Nuestra exposición será eminentemente descriptiva. Sobre el tema del presente trabajo existen múltiples y mucho más cualificados pronunciamientos críticos sobre el contenido y procedimiento del actual proceso de reforma del Sistema de Financiación. Nos remitimos a ellos.

2. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO FUENTE DEL DERECHO EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

2.1. El bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica

La parquedad de la Constitución Española a la hora de regular la financiación autonómica, hace que cobren relevancia las normas que forman el denominado "bloque de constitucionalidad" y, en particular los Estatutos de autonomía y la LOFCA.

El bloque de constitucionalidad en un Estado compuesto incluye necesariamente las normas relativas a la distribución de competencias entre las distintas administraciones territoriales. Así, dentro de las distintas acepciones que se han elaborado doctrinalmente del concepto de bloque de constitucionalidad[1], la que parece más acorde con el tema que nos ocupa es la que se deriva del propio artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

"las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas".

Por tanto existirán determinados campos en los que se dicten normas de distribución de competencias. Esto ocurre, además del evidente caso de los Estatutos de autonomía, en materia de seguridad pública (artículo 149.1.29ª), en materia judicial (artículo 152.1, párrafo segundo), y en la distribución de competencias financieras autonómicas (artículo 157.3), que es el punto fundamental de este apartado.

Por tanto, el determinar las normas que integran este bloque de constitucionalidad, y la relación entre ellas, es un tema determinante en un Estado, como el español, que ha sido definido por el Tribunal Constitucional como "Estado compuesto". Concretamente, debemos señalar las normas que integran el bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica y cómo deben ser interpretadas como un todo unitario.

No existe duda de que la LOFCA forma parte del bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica. El artículo 157.3 de la Constitución deja pocas dudas al respecto:

"Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado".

Esta integración de la LOFCA en el bloque de constitucionalidad es reconocido por el propio Tribunal Constitucional desde hace tiempo, por ejemplo en la sentencia 250/1988, de 20 de noviembre, en la que señala que *dicha Ley Orgánica fue dictada, para regular, entre otros*

[1] RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. 1989. "El bloque de constitucionalidad", en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 27.

extremos, el ejercicio de competencias financieras de las Comunidades Autónomas, integrándose, por ello, en el bloque de constitucionalidad. Por tanto la LOFCA es parámetro de constitucionalidad en materia de financiación autonómica. El Alto Tribunal se refiere a la naturaleza de la LOFCA en su sentencia 68/1996:

"*Con el art. 157.3 C.E., que prevé la posibilidad de que una Ley Orgánica regule las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de* ***alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de autonomía****. Su función no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de Ley Orgánica en cuya virtud cualquier aspecto atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 C.E. requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente permitir que una Ley Orgánica —la actual L.O.F.C.A.— pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera (por todas, SSTC 181/1988, fundamento jurídico 7.; 183/1988, fundamento jurídico 3.; 250/1988, fundamento jurídico 1., y 150/1990, fundamento jurídico 3.)*"

Por tanto, tanto los Estatutos de autonomía como la LOFCA forman parte del bloque de constitucionalidad relativo a la financiación autonómica. No cabe duda de que los Estatutos de autonomía pueden contener normas relativas a la financiación autonómica dentro de los límites constitucionales, pero deben permitir junto a la LOFCA, una interpretación armónica. RODRÍGUEZ BEREIJO[2] señala a este respecto que las normas de la LOFCA y las de los Estatutos de autonomía han de ser susceptibles (y objeto) de una interpretación integradora, armónica, sin que, en caso de conflicto, hayan de prevalecer necesariamente las estatutarias sino, por el contrario, las de la Ley Orgánica estatal delimitadora y reguladora de las competencias autonómicas en materia de financiación autonómica. El propio texto definitivo del Estatuto de Cataluña reconoce esta interpretación armónica en su Disposición Adicional Duodécima, que señala:

[2] RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO, "Financiación autonómica y el estatuto de Cataluña (I)", en ABC del 26 de octubre de 2006.

"*...Las normas de la Ley Orgánica prevista en el apartado tercero del artículo 157 de la Constitución y las normas contenidas en el presente Estatuto deben interpretarse armónicamente*".

Lógicamente, el juego de las tres normas que forman el "bloque de constitucionalidad" a efectos de financiación autonómica —la propia Constitución, la LOFCA y los Estatutos de autonomía— hacen que el sistema sea necesariamente inestable, ya que a la ambigüedad de la Constitución se une el hecho de que la norma delimitadora y definidora de las competencias en materia de financiación autonómica —la LOFCA— carezca de la rigidez suficiente para evitar la constante negociación política sobre la materia que regula. Por su carácter abierto e inacabado, las normas constitucionales en materia de financiación autonómica están sometidas con mayor intensidad a lo que CAZORLA PRIETO llama dicotomía estatismo-dinamismo en el ámbito constitucional. Por su propia naturaleza, las normas constitucionales mutan y están sometidas, en su contenido material, a las corrientes históricas y políticas. No obstante, en el ámbito puramente formal, la inteligibilidad del sistema de fuentes del derecho exige que una norma no regule lo que corresponde a otra, haciéndose efectivo el principio de competencia en las relaciones entre la LOFCA y los distintos Estatutos de autonomía.

2.2. El principio de competencia

Es necesario abordar la relación entre los distintos elementos normativos en materia de financiación autonómica. En general la doctrina (por ejemplo RODRÍGUEZ BEREIJO[3] y CAZORLA PRIETO[4]) considera que el principio que preside la relación entre las distintas normas que componen el bloque de constitucionalidad no puede ser otro que el de competencia. Por tanto, la ordenación de las fuentes del derecho en materia de financiación supondrá determinar qué deber regular cada tipo de norma. El bloque de constitucionalidad debe ser entendido como un conjunto normativo armónico cuyo valor, como un todo, será el de servir de parámetro de constitucionalidad de otras

[3] RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO, "Descentralización política y descentralización fiscal: La experiencia española", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 20/2006 (Estudio).

[4] CAZORLA PRIETO, LUIS MARÍA "El sistema de fuentes del derecho en materia de financiación autonómica" Informe comunidades autónomas, ISSN 1136-131X, Nº. 2005, 2005, pp. 819-837.

normas. De ahí la exigencia de que su interpretación deba ser armónica, sin que exista superioridad jerárquica de los Estatutos de autonomía con las otras normas del bloque de constitucionalidad. CAZORLA PRIETO lo expresa así:

"La unidad de la que se reviste los distintos elementos integrantes del bloque de constitucionalidad se articula mediante la reserva de espacios jurídicos propios para cada uno de ellos o campos de regulación abordables respectivamente por cada uno de ellos. La integración armónica en la unidad reclama, pues, la presencia fortalecida e indisputable del principio competencial o funcional dentro de los distintos elementos normativos integrantes del bloque de constitucionalidad, los cuales, a su vez, pueden ser acreedores de distinta jerarquía normativa".

Es el propio artículo 157.3 el que establece cuál debe ser el contenido normativo de la Ley Orgánica de Financiación Autonómica, constituyéndose así en límite competencial para la regulación contenida en los Estatutos de autonomía. Según el artículo 157.3 la LOFCA deberá contener:

1) Las normas que regulen el ejercicio de las competencias financieras.
2) Las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir.
3) Las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado.

Por tanto, la Constitución Española hace descansar en la LOFCA los elementos esenciales relativos a la financiación autonómica y, en particular, la distribución de competencias financieras entre las distintas administraciones territoriales. De ahí que, aunque no exista un principio de jerarquía entre los Estatutos de autonomía y la LOFCA como componentes del bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica, CAZORLA PRIETO considere que existe una superioridad competencial a favor de la LOFCA. Esta superioridad competencial también parece avalada por las sentencias del Tribunal Constitucional 68/1998 antes comentada, a la que nos remitimos.

Los Estatutos de autonomía podrán regular aquellos aspectos que se derivan de lo establecido en el artículo 147 de la Constitución Española. En primer lugar, regularán necesariamente lo señalado en el artículo 147.2 de la Constitución: denominación, territorio, organización institucional y competencias asumidas con las bases para su traspaso. Con base en este precepto los EA establecerán la distribución del poder tributario y presupuestario autonómicos dentro de su

organización institucional. También podrán establecer determinados principios aplicables a la financiación autonómica dentro de los principios rectores establecidos por la Constitución.

No vamos a tratar en este trabajo la evolución que, en la tramitación parlamentaria han tenido los distintos Estatutos modificados. Esta evolución ha significado sin duda una dulcificación de las aristas que dificultan el encaje de los textos autonómicos en el actual marco jurídico constitucional. Baste recordar que el Proyecto de Estatuto de Cataluña extendía la competencia de la *Generalitat* a la totalidad de los impuestos estatales soportados por Cataluña en el marco de las competencias del Estado y de la UE (art. 204), que además deberán ser gestionados por la Generalidad (art. 205), establecía un plazo de 15 años para la equiparación de la capacidad de financiación por habitante de la Generalidad a los sistemas de Concierto y Convenio (DA 8ª), etc. No obstante, las nuevas redacciones de los Estatutos, aunque facilitan en encaje de su contenido en el marco constitucional, no impiden que hayan entrado a regular materias que pueden exceder la habilitación dada por el artículo 157.3 de la Constitución a la LOFCA.

3. REFORMAS ESTATUTARIAS, DOCUMENTOS DE DIAGNÓSTICO Y ACUERDO 6/2009 DEL CPFF

3.1. Introducción

Aunque el actual Sistema nació con vocación de permanencia, determinados factores de carácter técnico y político han desembocado en un proceso de reforma. Desde un punto de vista técnico, existe la general percepción de insuficiencia del sistema, tanto por el crecimiento de la población en algunas CCAA debido fundamentalmente a la inmigración, como a la dinámica expansiva del gasto sanitario.

También existía un creciente consenso político encaminado no sólo a corregir las disfunciones del sistema sino, en algunos casos, a modificar algunos de sus pilares fundamentales. Este movimiento político ha adoptado forma de reformas estatutarias que definen aspectos de un nuevo sistema de financiación autonómica y cuya armonización con la LOFCA y con otras disposiciones estatutarias ya hemos comentado. Actualmente han sido aprobados los Estatutos de Cataluña, Valencia, Andalucía, Aragón, Baleares y Castilla y León. En trámite parlamentario se encuentra exclusivamente el de Castilla-La Mancha, tras la retirada de la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

Al mismo tiempo, en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF), se han abordado aspectos parciales del Sistema, analizando el impacto de la población en el sistema de financiación (Grupo de Población, 2005); la dinámica del Gasto Sanitario (Grupo de Análisis de Gasto Sanitario, 2005 y 2007) y la incidencia de la inmigración en el sistema (Grupo de Población, 2007).

Por su parte, en diciembre de 2006, para dar cumplimiento al compromiso adquirido en el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de junio de 2006, la Administración General del Estado (AGE, en adelante) remitió un documento en el que efectuaba su propia valoración del sistema, pronunciándose, en parte, sobre las críticas formuladas por las Comunidades Autónomas citadas.

De forma paralela a las modificaciones estatutarias, varias CCAA ha presentado diversos documentos de diagnóstico. Estas CCAA han sido concretamente: Cataluña (abril de 2006), Andalucía (diciembre de 2006), Canarias (marzo de 2007), Baleares y Castilla y León (diciembre de 2007). Aunque su contenido puede ser más o menos técnico, todas vienen a manifestar una posición política respecto del futuro Sistema de Financiación.

Otras CCAA han prescindido de ropaje científico y han establecido su posición de forma nítidamente política. Así la Comunidad de Madrid aprobó el 10 de julio de 2008 un decálogo de propuestas que remitió públicamente al Vicepresidente Económico.

Estos pronunciamientos públicos suponen hitos de una negociación política que ha cristalizado en el Acuerdo 6/2009 del CPFF y que tuvo como antecedente la propuesta de base para un acuerdo publicada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 30 de diciembre de 2008.

3.2. Exposición de la reforma del Sistema de Financiación en atención a los principios constitucionales

3.2.1. Introducción

Las modificaciones estatutarias aprobadas o que se prevé aprobar en las próximas fechas contienen preceptos, en muchas ocasiones contradictorios entre sí, que se refieren al modelo de financiación autonómica.

El Estatuto de Cataluña tiene especial relevancia en la medida en que, la situación política en que se está decidiendo el nuevo sistema parece darle a este texto una capacidad condicionante mayor que a otros textos estatutarios. Todos los nuevos Estatutos contienen un capítulo dedicado a la Hacienda.

Intentaremos ordenar las propuestas presentadas en relación con los principios materiales que establece la Constitución en materia de financiación autonómica. Decimos intentaremos porque, como veremos, muchos de los componentes del sistema que afectan a varios de los principios constitucionalizados (en particular el sistema de nivelación —actual fondo de suficiencia— afecta tanto a la solidaridad, a la suficiencia del sistema y a la autonomía de gasto de las CCAA) y muchos principios no pueden entenderse sin relacionarse con otros (en particular los principios de autonomía financiera, solidaridad y coordinación).

El contenido del presente epígrafe será puramente expositivo. Las valoraciones vendrán al final del presente trabajo.

3.2.2. Principio de autonomía financiera

El principio de autonomía financiera supone que las CCAA deben disponer de recursos y capacidad de gasto para la gestión de sus propios intereses. El Tribunal Constitucional en su sentencia 201/1988 de 27 de octubre, señala que la autonomía financiera exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos y en toda su extensión, las competencias propias.

Las Disposiciones Adicionales 7ª a 11ª del Estatuto de Cataluña establecen la siguiente *cesta* de impuestos:

Tritubos cedidos	**Sistema actual**	**Estatuto Cataluña**
Tributo	**Porcentaje de cesión**	
Impuestos cedidos tradicionales y tasas afectas	100	100
IRPF	33	50
IVA	35	50
IIEE bebidas alcohólicas	40	58
IIEE tabaco	40	58
IIEE hidrocarburos	40	58
IIEE electricidad	100	100
IEE matriculación	100	100
Sociedades	0	0
Impuesto sobre venta minorista hidrocarburos	100	100

Los demás Estatutos de autonomía no hacen mención alguna a este aspecto. Sólo el **artículo 73** del estatuto valenciano habla de la *participación en los ingresos por revisión de la declaración de la renta.*

La DA 11ª del Estatuto de Cataluña se prevé ampliar la capacidad normativa el IVA y de los IEE de fabricación en fase minorista, pero dadas las exigencias de armonización comunitaria y sencillez en la gestión no parece que la cesión de competencias normativas sobre el tramo minorista del IVA sea viable[5].

Ya fuera de los textos estatutarios, Andalucía, en su documento de diagnóstico, solicitó la ampliación del porcentaje de cesión del IRPF hasta un 50%, y en un porcentaje equivalente el IVA y los Impuestos Especiales. No obstante, se incide notablemente en la relevancia de la ampliación del IRPF por entender que imprime elasticidad al sistema tributario autonómico dado su carácter progresivo y a su configuración como instrumento de política fiscal en manos de las Comunidades Autonómicas. En este sentido, el Estado debe mantener, según esta Comunidad Autónoma, la competencia de configuración básica del impuesto. Respecto a los impuestos indirectos ligados al consumo propone, dada su naturaleza armonizada, diseñar mecanismos que permitan la iniciativa legislativa conjunta de las Comunidades Autónomas. Esto exige la configuración de órganos compartidos de codecisión así como la transformación del Senado en una auténtica Cámara de representación territorial.

El tratamiento que hacen otros documentos de diagnóstico sobre la autonomía financiera de las CCAA es bastante superficial. Quizá sería destacable el documento de Baleares, donde además de incidir

[5] En los anteriores Libros Blancos sobre financiación autonómica se hacía referencia a las posibilidades de cesión del IVA. En el Libro Blanco de 2002 se planteaba la hacer efectiva la posibilidad prevista en el artículo 11.e de la LOFCA, en su redacción vigente entonces, relativa a la cesión de la imposición general sobre las ventas en fase minorista. En este documento se estudian dos alternativas: una, la cesión de una parte de la recaudación del impuesto sin referencia a una fase concreta y otra, la cesión de la fase minorista del IVA. Dadas las dificultades técnicas de esta última opción, el IEF se decanta por la cesión territorializada del IVA. Esta alternativa quedó reflejada en la nueva redacción del artículo 11 de la LOFCA aprobada por Ley Orgánica 7/2001, de 27 diciembre, actualmente vigente. El IEF también descartó la cesión de competencias normativas sobre los tipos del IVA, por ir contra las exigencias de armonización comunitaria, y desaconsejó la cesión de facultades de gestión sobre el mismo, porque producirían divergencias interpretativas entre CCAA (como ocurre con los Länder alemanes).

El IEF, en 2008, considera que un esquema de cesión del IVA más viable se basaría en un incremento en el tipo impositivo del IVA adoptado por decisión colegiada de las CCAA. Esta decisión, si se mantiene el actual esquema institucional, tendría como sede natural de deliberación el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Esta medida supondría, más que un aumento de la corresponsabilidad fiscal, un incremento en la suficiencia del sistema

sobre la posibilidad de cesión del IVA en fase minorista, propone revisar el sistema de cálculo de la territorialización de los tributos sobre los que las Comunidades Autónomas participan basados en el consumo, pues existen varias acepciones posibles, registrándose entre ellas diferencias significativas (consumo privado, consumo de los residentes, consumo de los no residentes).

El acuerdo 6/2009 del CPFF en relación con la autonomía financiera de las CCAA y corresponsabilidad fiscal, asume la cesta de tributos compartidos del Estatuto de Cataluña, aumenta ligeramente las capacidad normativa en el IRPF, aumenta la colaboración en las labores de gestión tributaria e intenta mejorar deficiente sistema de entregas a cuenta del sistema anterior.

En relación con el incremento de las competencias normativas de las CCAA en los tributos cedidos parcialmente, se amplían las competencias en el IRPF, en materia de modificación de los mínimos personales y familiares, aprobación de la escala autonómica del impuesto y deducciones de la cuota. En cuanto a los impuestos indirectos compartidos (IVA e IIEE) se intentan conciliar las pretensiones catalanas y baleares con la evidente traba de la armonización europea de estos impuestos al comprometerse el Gobierno a hacer el esfuerzo necesario para que las CCAA puedan participar en las operaciones destinadas directamente a consumidores finales (sic). También se refleja en el Acuerdo la intención del Gobierno de que en los impuestos cedidos sea más visible la participación de las CCAA.

También se establece la asunción por parte de las CCAA, por delegación del Estado, de las competencias en materia de revisión en vía económico-administrativa de los actos de gestión dictados por aquellas en relación con los tributos estatales cedidos. La delegación irá acompañada de los medios necesarios para su desarrollo y se hará mediante modificación de la LOFCA y de la correspondiente ley que fije el alcance y contenido de la cesión de tributos por parte del Estado.

3.2.3. Principios de solidaridad y suficiencia: sistema de nivelación

3.2.3.1. Concepto y objetivos de las transferencias de nivelación

Dentro del estudio del federalismo, la nivelación es un instrumento de garantía de la financiación de gobiernos los subcentrales tendente a asegurar unas prestaciones públicas similares en todo en el territorio nacional. Se trata en definitiva de garantizar los recursos necesarios para financiar, en su caso, las competencias propias del gobierno regional, con independencia de su riqueza relativa.

En la consecución de este objetivo se cumplen los principales principios de un Estado descentralizado.

- **El principio de solidaridad**, en la medida en que suponen transferencias de recursos a las regiones de menos capacidad fiscal, suponen una pieza necesaria para la consecución de este principio, tanto más cuando se relaciona a la prestación de los servicios que forman el Estado del Bienestar. No obstante lo anterior, las transferencias de nivelación no son un instrumento de desarrollo sino que, pretendiendo permitir un acceso equivalente a determinados servicios públicos a todos los ciudadanos, da lugar a redistribuciones de riqueza entre jurisdicciones fiscales. Este principio de solidaridad se consigue a través de la nivelación horizontal, como veremos.
- **El principio de suficiencia**, ya que garantiza a todas las regiones un volumen de recursos suficiente para ejercer las competencias transferidas, con independencia de su capacidad fiscal. La nivelación debe asegurar tanto la suficiencia estática, cubriendo la brecha entre necesidad de gasto y capacidad fiscal de todas regiones; como la suficiencia dinámica, disminuyendo el riesgo financiero de financiarse íntegramente con recursos propios.
- **El principio de autonomía**. Otorgando a los gobiernos subcentrales suficientes recursos se garantiza a estos la capacidad de adaptar su oferta de bienes preferentes a las necesidades de sus ciudadanos, permitiendo aumentar su autonomía de gasto.

Al elegir un sistema de nivelación en un gobierno descentralizado se tiene que decidir qué tipo de criterio de equidad se está aplicando:

- **Equidad horizontal** - Sin un mecanismo de nivelación dos ciudadanos idénticos desde el punto de vista fiscal puedan recibir distintos niveles de servicios públicos, habiendo soportado la misma presión fiscal. En este caso se garantiza la *posibilidad* de suministrar efectivamente una serie de servicios, pero respetando la autonomía financiera de los gobiernos receptores de las transferencias de nivelación.
  Por tanto la consecución de este objetivo se obtendrá mediante una transferencia de carácter incondicional. Un sistema de nivelación basado en la equidad horizontal pretende la reducción o eliminación de las diferencias de los recursos per cápita. Se pretende nivelar la capacidad fiscal. Partiendo de unos recursos, el principal criterio aplicable en la nivelación sería la población.

- **Equidad categórica** (paternalismo del Estado) - Si el criterio subyacente es de equidad categórica, se intentará garantizar el suministro efectivo de una serie de servicios. En este caso lo que se pretende nivelar es el bienestar de los ciudadanos. El objeto de la nivelación son bienes preferentes, respecto de los cuales los ciudadanos no toman decisiones óptimas, en la medida en que producen externalidades positivas y los consumidores tienen distorsionados sus criterios de decisión (papel paternalista del Estado).

Cuando el factor que prima es la equidad categórica, la nivelación va dirigida a reducir o eliminar las diferencias en los niveles de servicio público per cápita. El diseño de esta nivelación exige la introducción de otras variables al margen de la población que contemple las diferencias en los costes de provisión por territorios (superficie, dispersión, insularidad) o en la intensidad de la demanda de los servicios (renta). La instrumentación lógica de este criterio sería mediante transferencias condicionadas, lo que chocaría con la autonomía de gasto de los gobiernos subcentrales y eliminaría la principal justificación de la descentralización de los programas de gasto: la adaptación a las preferencias de los ciudadanos de su jurisdicción, con los costes de eficiencia y bienestar que supondría.

Dentro de los tipos de nivelación debemos hacer otras clasificaciones que nos resultan útiles para el objeto de este trabajo. En primer lugar debemos distinguir entre la nivelación horizontal y la nivelación vertical. La nivelación horizontal se realizaría entre gobiernos regionales (sistema alemán) y la nivelación vertical se realizaría por el gobierno central (sistema canadiense). Como señala HERRERO ALCALDE[6], en el caso español sólo puede ser una transferencia de nivelación vertical, dado que las CCAA carecen de la capacidad fiscal suficiente para cubrir globalmente sus necesidades de gasto. Sin embargo esta nivelación vertical tendrá dos objetivos diferentes, de ahí que se la pueda denominar *transferencia de nivelación integrada:*

- SUFICIENCIA: Por una parte la nivelación tendrá como objetivo el salvar la diferencia entre las necesidades de gasto y la capacidad fiscal en términos globales.
- SOLIDARIDAD: Esta diferencia entre capacidad fiscal y necesidades de gasto será mayor en algunas CCAA e inexistente en otras, por lo que se producirá una redistribución de recursos

[6] HERRERO ALCALE, ANA. 2005. "Aplicación de un fondo de nivelación en el marco de un sistema de financiación autonómica estable". Instituto de Estudios Fiscales, p. 171.

entre regiones (juego de suma 0) que contribuirá a este objetivo de solidaridad.

Otra decisión que habrá que tomar será entre un sistema de nivelación completa o parcial. Esta cuestión ha adquirido relevancia en España como consecuencia de las propuestas estatutarias de Cataluña, Baleares y Aragón. Entendemos por nivelación completa o parcial según se cubra o no totalmente la diferencia entre necesidades y capacidad fiscal de las regiones[7].

3.2.3.2. Propuestas respecto al sistema de nivelación en España

El sistema de financiación en España se ha basado en una fórmula de nivelación total, en el que se garantiza a todas las Comunidades Autónomas unos recursos suficientes para financiar la totalidad de sus necesidades de financiación, con independencia de su capacidad fiscal. El fondo de suficiencia, antes participación en los ingresos generales del Estado (PIE), tiene carácter integrado y es la figura que cumple esta función de suficiencia financiera y de solidaridad, al cubrir la diferencia entre la necesidad de gasto de una región y su capacidad fiscal, medida en términos normativos.

Sin embargo, son ahora varias las regiones que critican este sistema por considerarlo opaco y por conducir a situaciones de sobrenivelación no justificadas por razones de solidaridad.

1) Administración General del Estado

La AGE, en su documento de diagnóstico, no hizo ninguna propuesta de modificación del sistema de nivelación. Tan sólo en su valoración del actual sistema afirma que éste no tiene mecanismos específicos de solidaridad, que, respecto a la nivelación, el fondo de suficiencia responde parcialmente a esta función.

2) Cataluña

El documento más relevante en materia de nivelación es, como en otros asuntos, el Estatuto de Cataluña. El artículo 206 del Estatuto

7 Existe otra acepción de nivelación parcial o completa. Desde otro punto de vista se entenderá que existe una nivelación completa cuando se realiza tanto de arriba a abajo como de abajo a arriba. En este caso se sigue un sistema conocido como de Robin Hood, se quita a las regiones ricas para dárselo a las pobres para que todas alcancen un determinado estándar de financiación (es el caso de Alemania, Australia o España). La nivelación parcial será aquella en que se compensa mediante transferencia vertical a las regiones más desfavorecidas pero sin disminuir la capacidad fiscal de las más ricas (Canadá).

apunta a una modificación del sistema de nivelación en España, aunque es susceptible de una abierta interpretación.

En primer lugar, se modifica el objetivo de nivelación. El párrafo 3° del artículo 206 señala lo siguiente:

"Los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado".

Se define el principio de ordinalidad. El objetivo de la nivelación no es redistribuir sino garantizar la prestación de determinados servicios calificados como fundamentales.

"El Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación".

El documento de diagnóstico de Cataluña, si bien no hace propuestas en materia de nivelación, resalta las deficiencias del actual sistema en la determinación tanto estática como dinámica del fondo de suficiencia. Estas críticas son, por otra parte, compartidas por gran parte de los pronunciamientos sobre el asunto. Las críticas en esencia son las siguientes:

- El cálculo de las necesidades de financiación está muy afectado por las modulaciones, los fondos específicos y por la consolidación del status quo, cuyo efecto conjunto penaliza la nivelación per cápita.
- Desde un punto de vista dinámico esta situación de inequidad se agrava en el tiempo como consecuencia del crecimiento heterogéneo de la población entre Comunidades Autónomas, sin que existan mecanismos apropiados de actualización, lo que perjudica a las Comunidades Autónomas con más crecimiento demográfico.

- El sistema es opaco y no permite la visualización de los flujos de solidaridad implícitos del modelo[8].

Según Cataluña, este escenario conduce a una sobrenivelación que provoca que las Comunidades con mayor capacidad fiscal terminen teniendo unos recursos *per cápita*, después de la nivelación, inferiores a la media, con el consiguiente incentivo negativo a realizar un mayor esfuerzo fiscal.

Un problema adicional en materia de equidad es el elevado diferencial existente en la financiación por habitante del Régimen Común respecto al Régimen Foral para financiar los mismos servicios públicos. La diferencia es de tal magnitud que podría cuestionar el cumplimiento del principio de igualdad[9].

3) Andalucía

La regulación estatutaria si bien parece similar a la catalana, una lectura detenida permite concluir que la referencia a la "garantía de financiación de los servicios de educación, sanidad, y otros servicios sociales esenciales del Estado de bienestar, siempre que se lleve a cabo un esfuerzo fiscal sea similar" (artículo 175.2.c), está más referido al ámbito de la suficiencia financiera y, sobre todo, de la solidaridad al vincular esta alusión en su apartado g) a las asignaciones de nivelación del artículo 158.1 de la Constitución. Su apartado h) establece la libre definición del destino y volumen del gasto público, de lo que puede deducirse que el fondo de suficiencia debería seguir teniendo naturaleza incondicionada.

En su documento de diagnóstico, Andalucía hace una crítica similar a la realizada por Cataluña pero ofrece soluciones desde un punto de vista de la suficiencia dinámica:

- Los componentes derivados de "status quo", modulaciones y renta relativa deben someterse a reglas individualizadas de evolución dinámica. Rechaza el modelo de nivelación basado en distintos porcentajes de cesión.
- Propone que el Fondo de Suficiencia evolucione al mayor de los siguientes índices: PIB nominal a precios del mercado y un

[8] Relacionada con esta exigencia de "transparencia" está la solicitud de publicación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda de las Balanzas Fiscales. Esta solicitud fue satisfecha, previo compromiso al respecto del Presidente del Gobierno, el 15 de julio de 2008.

[9] Existe un ejercicio teórico realizado por Angel de la Fuente que estudia los resultados de aplicación del régimen foral a Cataluña. DE LA FUENTE, ÁNGEL, 2008 "Implicaciones de la equiparación del financiación de Cataluña con los resultados de sistema foral: un análisis preliminar y algunas reflexiones". Publicado por FEDEA (Fundación de Estudios de Economía Aplicada) y accesible en internet www.fedea.es

nuevo índice de recaudación real total de la AGE y las Comunidades Autónomas (base más amplia y representativa). Además este índice debe ser único con independencia de que el fondo sea positivo o negativo.

4) Baleares

La regulación estatutaria (art. 123.2) sistema de nivelación realizado por Baleares es idéntica a la de Cataluña y nace un desarrollo técnico en su documento de diagnóstico[10].

Señala el mismo objetivo de la nivelación que Cataluña, concretando que el esfuerzo fiscal debe ser entendido en sentido amplio (con inclusión de los instrumentos de copago: precios públicos, peajes, tasas,). Asimismo, se consideran servicios públicos esenciales la educación, la sanidad y los servicios sociales básicos.

Añade el cambio en la naturaleza del fondo de suficiencia que debería pasa a ser condicionada, de manera que los fondos de nivelación vayan dirigidos a la financiación de los servicios citados.

Concreta el Principio de Solidaridad, con las siguientes cautelas:

- Ninguna Comunidad con un nivel de Renta Primaria per cápita superior a la media, puede tener un saldo fiscal favorable (fondo de suficiencia positivo).
- Aquellas regiones que más recursos per cápita aportan al sistema, no deberían terminar disponiendo de una financiación por habitante inferior a la media, después de aplicar las transferencias de nivelación.
- La posición relativa de las regiones en términos de Renta Primaria no debería alterarse en términos de RFBD, una vez realizadas las transferencias de nivelación, en lo que puede interpretarse como una concreción del principio de ordinalidad catalán.

Por otra parte, Baleares propone una actuación niveladora del Estado fuera del Sistema de Financiación, efectuada con la parte de los Impuestos no cedida e incluso de los impuestos no sistema (Impuesto sobre Sociedades).

Finalmente, esta Comunidad Autónoma retoma una vieja reivindicación catalana propone de evaluación de la eficacia de los fondos de solidaridad transferidos.

[10] Las conclusiones del documento de diagnóstico de Baleares comparte buena parte de la doctrina expuesta por GUILLEM LÓPEZ CASASNOVAS en su libro "Análisis de la redistribución entre comunidades autónomas. Criterios de evaluación y propuesta de nuevos principios básicos" publicado por la Universidad de Barcelona en 2005.

5) Aragón y Castilla-León

El Estatuto de Autonomía de Aragón establece una regulación similar a la del Estatuto de Cataluña: nivelación limitada a sanidad, educación y servicios y siempre que el esfuerzo fiscal sea similar; fijación por el Estado de los citados niveles y el principio de transparencia como rector de los mecanismos de nivelación.

Castilla-León en el artículo 83 señala:

"1. La Comunidad Autónoma de Castilla y León dispondrá de los recursos suficientes para atender de forma estable y permanente la gestión y el desarrollo de sus competencias. La Comunidad Autónoma de Castilla y León velará por que, en los términos de los artículos 138 y 139 de la Constitución Española, el Estado garantice la realización efectiva de los principios de igualdad y solidaridad y el equilibrio económico de las diversas Comunidades Autónomas, sin que las diferencias entre sus Estatutos y competencias puedan implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales en perjuicio de Castilla y León.

2. La Comunidad Autónoma de Castilla y León participará en los mecanismos de nivelación que se diseñen en el marco del sistema general de financiación."

Visto todo lo anterior, existe en los nuevos Estatutos de autonomía una postura mayoritaria a favor de un sistema de nivelación de tipo selectivo o nivelación parcial, aunque con matices en todos los casos y con posibilidades de interpretaciones abiertas. La regulación de Castilla-León no sería obstáculo, ya que supone una adhesión al sistema aprobado en un marco general.

3.2.3.3. El sistema de nivelación en el Acuerdo 6/2009 del CPFF

De acuerdo con las propuestas anteriores el nuevo Sistema, si quiere ajustarse a los principios inspiradores de las reformas estatutarias, debía modificar determinados aspectos relacionados con el ajuste de los desequilibrios verticales y horizontales de la financiación de las CCAA. Del nuevo sistema destacamos los siguientes puntos fundamentales:

a. Desdoblamiento da la nivelación horizontal y vertical.

Hasta ahora, la determinación del volumen de financiación de cada CCAA había respondido siempre al cálculo de unas necesidades de gasto. Una vez determinadas estas necesidades, éstas se financiaran con impuestos cedidos y compartidos (capacidad fiscal), cubriéndose

la diferencia entre las necesidades y la capacidad con una transferencia de nivelación (actual fondo de suficiencia). Como hemos visto más arriba, este fondo de suficiencia cubría tanto los desequilibrios financieros verticales (la diferencia entre la cesión de competencias de gasto y el poder tributario de las CCAA) como los desequilibrios financieros horizontales (evitar distintos niveles de provisión de servicios públicos en caso de igual carga fiscal y para individuos de igual capacidad de pago).

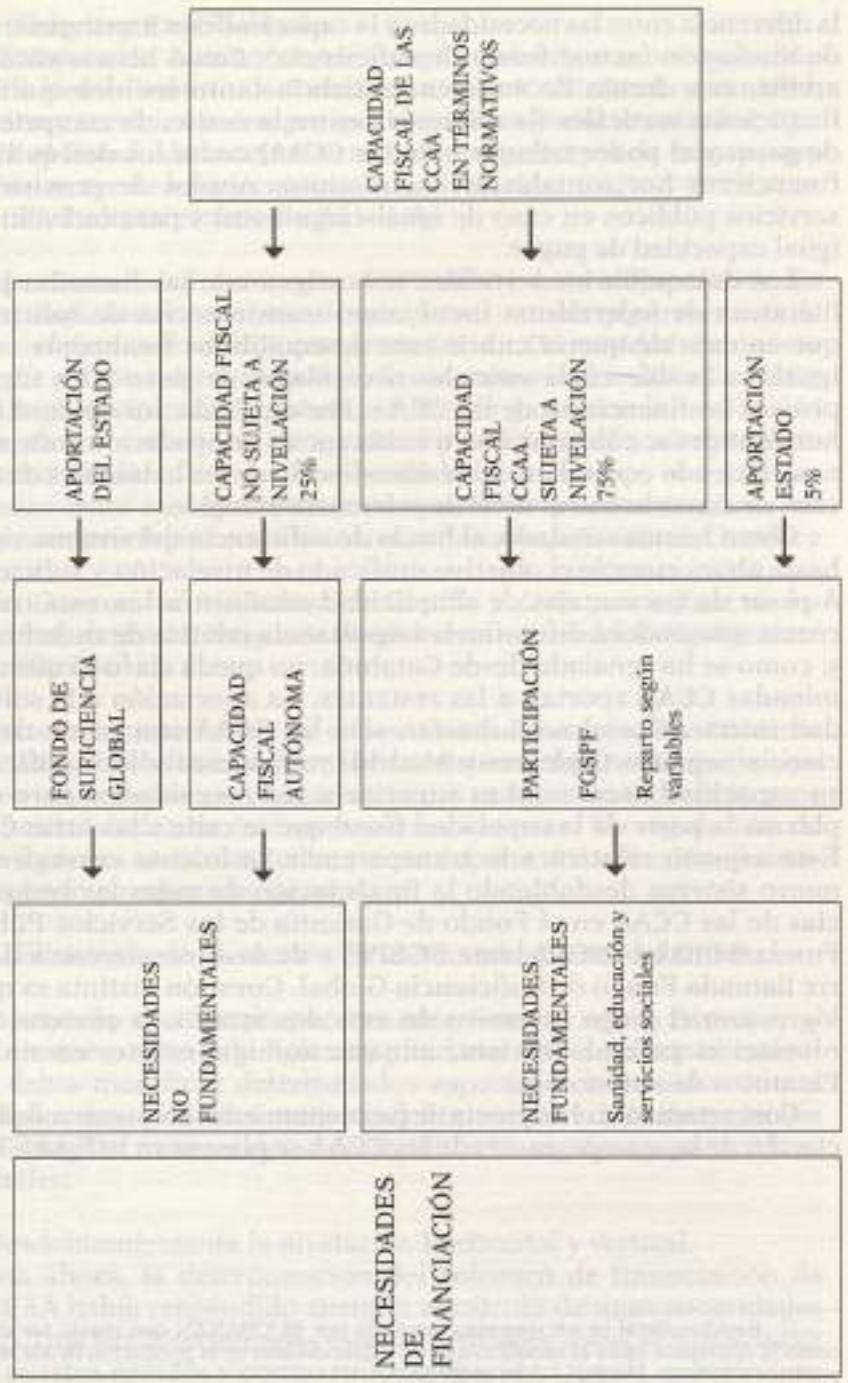
Los desequilibrios verticales se corrigen con las llamadas por la literatura de federalismo fiscal como transferencias de suficiencia, que en caso de querer cubrir esos desequilibrios totalmente, serían iguales a la diferencia entre las necesidades de gasto y los ingresos propios no financieros de las CCAA. Por otro lado, los desequilibrios horizontales se cubrirían con transferencias de nivelación entre regiones, haciendo equivalente el residuo fiscal[11] de los habitantes de todas ellas de acuerdo con el nivel de referencia escogido.

Como hemos señalado, el fondo de suficiencia del sistema vigente hasta ahora cumple el objetivo unificado de nivelación y suficiencia. A pesar de las ventajas de simplicidad administrativa, esta transferencia integradora difumina la importancia relativa de cada función y, como se ha señalado desde Cataluña, no queda claro lo que determinadas CCAA aportan a las restantes. La aportación a la solidaridad interterritorial no la hacían sólo las CCAA con fondo de suficiencia negativo (Baleares y Madrid) ya que esto sólo significa que su capacidad fiscal total es superior a sus necesidades, pero no se plasma la parte de la capacidad fiscal que se cede a las otras CCAA. Este aspecto relativo a la transparencia se intenta corregir en el nuevo sistema desdoblando la financiación de todas las competencias de las CCAA en el Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales (en adelante FGSPF) y de una transferencia de cierre llamada Fondo de Suficiencia Global. Cuestión distinta es que se logre, con el juego exclusivo de esos dos fondos, la pretensión de nivelación parcial prevista, aunque ambiguamente, en muchos Estatutos de autonomía.

Concretamente el esquema de funcionamiento del sistema de financiación de las competencias de las CCAA se plasma en la figura 1.

11 Residuo fiscal es un concepto acuñado por BUCHANAN que puede ser definido como la diferencia entre el beneficio que un sujeto obtiene de la prestación de los servicios públicos y la carga fiscal que debe soportar.

Figura 1. Esquema general financiación competencias CCAA



b. Grado de nivelación.

Las Comunidades de Cataluña, Baleares y Aragón proponen en sus Estatutos de autonomía la nivelación limitada a los servicios de sanidad, educación y servicios sociales esenciales y condicionada a la realización de un esfuerzo fiscal similar. Se trataba de definir qué debe ser objeto de nivelación. El posicionamiento de Cataluña apuntaba a considerar una cantidad equivalente al 65-75% del total del sistema, puesto que éste es el peso aproximado que estas políticas tienen en los presupuestos de las CCAA. No obstante, han existido pronunciamientos (como Andalucía) que consideraban que este peso debía ser mayor, ya que el concepto de servicios sociales incluye algunos, como las políticas de empleo o la vivienda) que responde a una concepción más amplia de este tipo de servicios públicos. Una interpretación alternativa sería considerar una nivelación cuantitativamente cifrada en el 80% del fondo de suficiencia. Esta interpretación ha tenido mucho predicamento en los estudios previos a la aprobación del Acuerdo, probablemente porque supondría la adaptación más sencilla del anterior modelo a un sistema de nivelación parcial.

El acuerdo 6/2009 del CPFF prevé que las CCAA aporten el 75% de su capacidad fiscal normativa a un fondo, el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, que se vería reforzado con una aportación adicional del Estado del 5%. La pretensión de este Fondo es igualar la financiación de las CCAA por habitante ajustado o unidad de necesidad. Esto significa repartir este Fondo en función de una serie de variables que se considera tienen una mayor potencia explicativa de las necesidades de financiación de los servicios fundamentales de las CCAA. Para conseguir este objetivo, se aumenta la ponderación de los factores no poblacionales (dispersión, insularidad y superficie) y se matiza la variable población, sobreponderando aquellos segmentos de población que se considera utilizan de forma más intensa los servicios vinculados al Estado del Bienestar (población en edad escolar o envejecida). En particular, y en materia de Sanidad, se utiliza la variable de población protegida equivalente de acuerdo con las conclusiones del Grupo de Trabajo de Análisis del Gasto Sanitario, publicado en septiembre de 2007. Estas variables (población, superficie, dispersión, insularidad, población protegida equivalente distribuida en siete grupos de edad y población mayor de 65 años población menor de 16 años) y sus ponderaciones se detallan en el cuadro 1.

Cuadro 1. Variables de reparto de FGSPF

Variables de reparto	Población 2007	Superficie	Dispersión	Insularidad	PPE 7GE 2007	Población>65	Población <16	Población ajustada %
PONDERACIÓN	**30%**	**1,8%**	**0,6%**	**0,6%**	**38,0%**	**8,5%**	**20,3%**	**100,0%**
Cataluña	17,04%	6,58%	6,60%	0,00%	17,49%	16,88%	16,88%	16,81%
Galicia	6,55%	6,06%	50,75%	0,00%	7,24%	8,53%	8,53%	7,61%
Andalucía	19,05%	17,94%	4,73%	0,00%	17,99%	16,82%	16,82%	17,78%
Asturias	2,54%	2,17%	11,70%	0,00%	2,91%	3,36%	3,36%	2,95%
Cantabria	1,35%	1,09%	1,57%	0,00%	1,44%	1,52%	1,52%	1,42%
La Rioja	0,73%	1,03%	0,44%	0,00%	0,77%	0,81%	0,81%	0,77%
Murcia	3,29%	2,32%	1,63%	0,00%	3,05%	2,73%	2,73%	2,99%
C. Valenciana	11,55%	4,76%	1,94%	0,00%	11,59%	11,32%	11,32%	11,25%
Aragón	3,06%	9,77%	2,62%	0,00%	3,28%	3,73%	3,73%	3,44%
Castilla-La Mancha	4,67%	16,27%	2,85%	0,00%	4,80%	5,15%	5,15%	5,03%
Canarias	4,79%	1,52%	1,86%	79,91%	4,37%	3,59%	3,59%	4,66%
Extremadura	2,58%	8,53%	1,05%	0,00%	2,64%	2,95%	2,95%	2,79%
Baleares	2,44%	1,02%	0,53%	20,09%	2,32%	2,01%	2,01%	2,34%
Madrid	14,38%	1,64%	1,34%	0,00%	13,48%	12,48%	12,48%	13,09%
Castilla y León	5,98%	19,30%	10,39%	0,00%	6,63%	8,12%	8,12%	7,07%
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

A las variables anteriores se añaden las determinantes de la distribución de los recursos adicionales del punto 3.1.1. A) del Acuerdo 6/2009, que se sumarán a las necesidades de financiación y que servirán para establecer el Fondo de Suficiencia Global (variación de la población ajustada desde 1999 a 2009, población ajustada en 2009, población potencialmente dependiente y población dependiente reconocida). Además habrá que añadir las variables que condicionan la obtención y recepción de los otros recursos adicionales previstos en el apartado 3.1.1.B del acuerdo (dispersión superior a la media y densidad poblacional superior a la media). A la espera de los datos definitivos del Gobierno de España, una estimación de estos recursos adicionales es la siguiente (véase cuadro 2).

Las variables explicativas de las necesidades de financiación que aparecen en los Estatutos y documentos de diagnóstico son múltiples. Como exposición del prieto jabardillo de propuestas sobre variables propuestas baste el siguiente cuadro (véase cuadro 3).

Sin perjuicio de comentarios posteriores, es llamativa la complejidad del sistema a efectos de evaluar lo ajustado de las variables y ponderaciones elegidas para determinar las necesidades y, por otro lado, la heterogeneidad de las disposiciones estatutarias que, sin duda ha influido en el sistema establecido, no ha demostrado una fuerza vinculante decisiva.

Por otra parte, algunas reformas estatutarias (Cataluña, Baleares o Aragón) parecen introducir un cambio en relación al cálculo de las necesidades de financiación. De acuerdo con estos Estatutos la financiación de las CCAA se relacionaría con su capacidad fiscal corregida al alza o a la baja, por los mecanismos de nivelación. Recordemos en este sentido que el artículo 206 del Estatuto de Cataluña, en su primer párrafo, señala que el nivel de recursos financieros de que disponga la *Generalitat* para financiar sus servicios y competencias se basará en criterios de necesidades de gasto y teniendo en cuenta su capacidad fiscal, entre otros criterios. Este criterio debería beneficiar a las CCAA con mayor capacidad de financiación en la medida en que se les permita reservarse parte de la misma. A esto parece responder el nuevo esquema, que supone que las CCAA aportan el 75% de su capacidad fiscal en términos normativos al FGSPF para que todo lo aportado, más un 5% aportado por el Estado, se reparta entre las CCAA en función de determinadas variables ponderadas que determinarían las necesidades de financiación de los servicios públicos considerados como fundamentales (sanidad, educación y servicios sociales).

Cuadro 2. Reparto de recursos adicionales

CCAA	Var. pob ajustada	Población ajustada	Población pot. dependiente	Dep. reconoc.	Total Fondo1	Fondo 1 %	Disp. > media	Densidad < media	Total recursos adicionales	%
Ponderaciones	**75%**	**12,50%**	**10,00%**	**2,50%**	**100,00%**					
Dotación	**3.675.000**	**612.500**	**490.000**	**122.500**	**4.900.000**					
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)=(1)+...(4)	(6)	(7)	(8)	(9)=(5)+(7)+(8)	(10)
Cataluña	750.317,11	103.042,87	83.600,89	22.184,75	959.145,61	19,57%	0,00	0,00	959.145,61	19,18%
Galicia	64.668,52	42.417,67	33.222,37	8.268,75	148.577,31	3,03%	34.100,23	0,00	182.677,54	3,65%
Andalucía	527.768,28	114.940,57	91.739,12	35.745,50	770.193,48	15,72%	0,00	0,00	770.193,48	15,40%
Asturias	3.201,47	16.088,28	12.945,50	3.564,75	35.800,00	0,73%	7.863,18	0,00	43.663,18	0,87%
Cantabria	32.929,75	8.256,79	6.757,80	2.352,00	50.296,34	1,03%	1.052,88	0,00	51.349,22	1,03%
La Rioja	52.667,99	4.532,48	3.643,43	1.702,75	62.546,65	1,28%	0,00	2.043,63	64.590,28	1,29%
Murcia	184.451,13	19.775,07	15.774,38	4.949,00	224.949,58	4,59%	0,00	0,00	224.949,58	4,50%
C. Valenciana	590.825,71	69.246,12	56.228,32	6.945,75	723.245,90	14,76%	0,00	0,00	723.245,90	14,46%
Aragón	84.469,10	19.809,36	15.472,83	5.267,50	125.018,79	2,55%	0,00	8.931,74	133.950,53	2,68%
Castilla-La Mancha	166.642,60	30.551,16	23.241,37	7.925,75	228.360,88	4,66%	0,00	13.775,06	242.135,94	4,84%
Canarias	303.614,70	30.208,32	22.678,55	2.425,50	358.927,07	7,33%	0,00	0,00	358.927,07	7,18%
Extremadura	10.809,69	16.776,03	12.813,05	3.748,50	44.147,26	0,90%	0,00	7.564,06	51.711,32	1,03%
Baleares	152.118,55	15.060,07	11.721,26	2.609,25	181.509,13	3,70%	0,00	0,00	181.509,13	3,63%
Madrid	699.444,44	82.571,17	69.458,07	7.619,50	859.093,18	17,53%	0,00	0,00	859.093,18	17,18%
Castilla y León	51.070,97	39.224,03	30.703,07	7.190,75	128.188,82	2,62%	6.983,70	17.685,52	152.858,04	3,06%
CC.AA.-15	3.675.000,00	612.500,00	490.000,00	122.500,00	4.900.000,00	100,00%	50.000,00	50.000,00	5.000.000,00	100,00%

Cuadro 3. Aparecen marcadas las variables mencionadas en el respectivo Estatuto o documento de diagnóstico

	Estatutos de autonomía				
CCAA	**Cataluña**	**Baleares**	**Andalucía**	**Castilla y León**	**Aragón**
Artículo del Estatuto	**206.6**	**120.2.c**	**175.2.b**	**83.6**	**107.5**
Variables demográficas					
Población					
Población real efectiva					
Población protegida					
Población inmigrante					
Población en riesgo de exclusión social					
Población envejecida					
Variables de oferta de s. públicos					
Superficie					
Dispersión					
Densidad de población					
Insularidad		DA 6ª			
Tamaño de núcleos de población					
Costes diferenciales					
Variables de solidaridad					
Desequilibrios territoriales					
Documentos de diagnóstico					
Variables demográficas					
Población dependiente					
Población menor de 5 años					
Población menor de 24 años					
Alumnos y profesores					
Estado de salud de la población					
Variables de oferta de s. públicos					
Factor infraestructuras (camas, colegios...)					

c) Esfuerzo fiscal.

Los Estatutos de Cataluña, Baleares o Aragón condicionan las transferencias horizontales a efectos de prestar los servicios públicos fundamentales a niveles similares a que las CCAA hagan un esfuerzo fiscal similar. La principal dificultad de esta condición es la propia definición de esfuerzo fiscal y su aplicación como limitador del sistema de nivelación.

El esfuerzo fiscal de una CCAA se puede definir como su recaudación tributaria efectiva en relación a su potencial recaudatorio o capacidad fiscal. La mayor dificultad del cálculo del esfuerzo fiscal está en determinar el denominador de la relación, es decir, la capacidad fiscal teórica o hipotética de una determinada jurisdicción[12].

Existen múltiples construcciones teóricas y prácticas para la medición de la capacidad fiscal. En muchos casos se utiliza una *proxy* para estimar la capacidad de pago. Es el caso del Índice de Frank (1959), utilizado por la AEAT en sus estadísticas y que como variable ilustrativa de la capacidad fiscal teórica utiliza la renta *per cápita*. Así se obtendría el esfuerzo fiscal al relacionar la presión fiscal (ingresos públicos respecto al PIB) con el PIB *per cápita*. Por poner un ejemplo de aplicación legal del esfuerzo fiscal, para el cálculo de la Participación Total de los Municipios en los Tributos del Estado, que utiliza como criterio de reparto el esfuerzo fiscal y capacidad recaudatoria, se utiliza por las leyes de presupuestos la relación entre tipos aplicados por los municipios y los tipos mínimos del IBI e IAE.

Dejando aparte cuestiones teóricas, es necesario destacar que la igualación del esfuerzo fiscal es un requisito imprescindible para cualquier sistema de nivelación horizontal. Sería injusto que aquellas regiones que hicieran un mayor esfuerzo recaudatorio, fuesen privadas del mismo a favor de otras que no explotan tan intensamente su capacidad fiscal potencial. Por tanto la exigencia de un igual esfuerzo fiscal parece cumplida al computar la capacidad fiscal sometida a nivelación en términos normativos, puesto que supone considerar que todas las comunidades realizan un mismo esfuerzo fiscal estándar. Cuestión distinta es la corrección técnica de la definición que de capacidad tributaria hace el Acuerdo 6/2009 del CPFF en su apartado 4.2.1. Este apartado intenta corregir el cálculo de la recaudación normativa de los impuestos cedidos tradicionales, ya que el sistema anterior de actualizar la recaudación de 1999 mediante el ITE se ha demostrado ineficiente.

[12] Para un mejor conocimiento del concepto de esfuerzo fiscal puede consultarse Aproximación al concepto de esfuerzo fiscal. LÓPEZ CASASNOVAS, GUILLEM. Centre de Recerca en Economía y Salut (CRES). 1 de octubre de 2002.

3.2.3. *Los Fondos de Convergencia*

El efecto conjunto del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y del Fondo de Suficiencia Global está encaminado a cubrir la totalidad de las necesidades de gasto de las competencias asumidas por las CCAA. Además de los fondos anteriores se crean otros dos bajo la rúbrica común de Fondos de Convergencia: el Fondo de Competitividad y el Fondo de Cooperación. A pesar de estar tratados en el mismo bloque de las disposiciones del Acuerdo 6/2009 del CPFF, ambos fondos tienen finalidades y beneficiarios dispares. Ambos fondos están dotados con fondos exclusivamente estatales y, por tanto son transferencias verticales e incondicionadas que buscan determinadas finalidades. En ambos casos primero se seleccionan las CCAA que pueden resultar beneficiarias de estos fondos de acuerdo con determinados criterios para después determinar la participación de las CCAA beneficiarias en cada fondo.

Fondo con finalidades propias: Fondos de coonvergencia

Fondo de competitividad

Finalidad	Criterio de percepción	Dotación
Equidad y eficiencia	Financiación per cápita <media	70% Recursos adicionales evolución

Fondo de cooperacion

Finalidad	Criterio de percepción	Dotación
Convergencia renta	PIB per cápita<media/ Densidad población	1.200 millones evolucionados al ITE en dos subfondos

El fondo de competitividad parece compensar a aquellas CCAA cuya financiación *per cápita* media por habitante ajustado tras el reparto del FGSP y el FSG sea inferior a la media. La dotación del fondo, que no estaba prevista en la propuesta de acuerdo del CPFF, se fijó en el Acuerdo definitivo en el 70% de los recursos adicionales evolucionados al ITE, es decir, en 2.450 millones de euros. El reparto ser realizará en proporción a la población ajustada en términos que se establezcan legalmente. A la espera del desarrollo del Sistema de Financiación, los perceptores de este fondo serán las regiones más ricas (Madrid, Baleares, Cataluña, Comunidad Valencia y alguna más).

La creación de este fondo está relacionada con el principio de ordinalidad previsto en el artículo 206.5 del Estatuto de Cataluña y en los

Estatutos de Baleares y Aragón (aunque esta última región es dudoso que participe en el mismo). El precepto catalán señala que el Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación. Sin perjuicio de los cálculos que ya se estén haciendo, resulta prudente esperar a tener más datos para conocer en qué medida este fondo permite a algunas CCAA mantener su posición relativa en términos de financiación *per capita*.

La percepción del fondo de cooperación (dividido en dos subfondos) exige el cumplimiento de alguna de las tres condiciones establecidas en el Acuerdo 6/2009 del CPFF. De acuerdo con el primer criterio (punto 3.2.2.a del Acuerdo) serían acreedoras del fondo aquellas CCAA cuyo PIB *per capita* en los últimos tres años hubiese sido inferior a la media. Si tomamos los años 2006, 2007 y 2008 las beneficiarias se reflejarían en el siguiente cuadro:

Cuadro 4. Condición apdo. 3.2.2. a) Acuerdo

CCAA	PIB per cápita medio 2006-2008	CCAA que cumpen la condición
Cataluña	26.917,57	-
Galicia	19.292,02	Sí
Andalucía	17.760,54	Sí
Asturias	21.048,92	-
Cantabria	23.020,61	-
La Rioja	24.794,63	-
Murcia	19.144,14	Sí
C. Valenciana	20.666,10	-
Aragón	24.992,54	-
Castilla-La Mancha	17.761,85	Sí
Canarias	20.376,78	-
Extremadura	15.788,40	Sí
Baleares	25.074,85	-
Madrid	30.154,01	-
Castilla y León	22.030,25	-
TOTAL	22.524,32	

El segundo criterio (apartado 3.2.2.b) hace beneficiarias a las CCAA que tengan una densidad de población inferior al 50% de la media. Las beneficiarias serían, con población de 2007, las siguientes:

Cuadro 5. Criterio 3.2.2. b)

CCAA	Población 2007	Superficie	Densidad población	CCAA Den<50%med
Cataluña	7.210.508	32.113	224,54	-
Galicia	2.772.533	29.574	93,75	-
Andalucía	8.059.461	87.598	92,01	-
Asturias	1.074.862	10.604	101,36	-
Cantabria	572.824	5.321	107,65	-
La Rioja	308.968	5.045	61,24	-
Murcia	1.392.117	11.313	123,05	-
C. Valenciana	4.885.029	23.255	210,06	-
Aragón	1.296.655	47.720	27,17	Sí
Castilla-La Mancha	1.977.304	79.462	24,88	Sí
Canarias	2.025.951	7.447	272,05	-
Extremadura	1.089.990	41.635	26,18	Sí
Baleares	1.030.650	4.992	206,46	-
Madrid	6.081.689	8.028	757,56	-
Castilla y León	2.528.417	94.225	26,83	Sí
TOTAL	42.306.958	488.332	86,64	

El último criterio beneficia a aquellas CCAA que teniendo un crecimiento de población inferior al 90%, tengan una densidad de población por kilómetro cuadrado inferior a la cifra resultante de multiplicar por 1,25 la densidad media de las CCAA de régimen común. Teniendo en cuenta los datos de 2006 a 2008, las beneficiarias serían las siguientes (véase tabla 6).

Estamos ante una transferencia del Estado que además de compensa a las CCAA con menor riqueza relativa y densidad de población. Con ello se intenta dar satisfacción a determinadas CCAA que inicialmente se veían perjudicadas por el trato preferencial a las regiones más ricas.

Cuadro 6. Criterio 3.2.2. c)

CCAA	Población 2006	Población 2008	Var pob 2006-2008	Subcriterio 1 var pob< 90% media	Densidad CCAA Subcriterio 1	Subcriterio 2 Den <1,25* den med
Cataluña	7.134.697	7.364.078	3,22%	-	-	-
Galicia	2.767.524	2.784.169	0,60%	Sí	93,75	Sí
Andalucía	7.975.672	8.202.220	2,84%	Sí	92,01	Sí
Asturias	1.076.896	1.080.138	0,30%	Sí	101,36	Sí
Cantabria	568.091	582.138	2,47%	Sí	107,65	Sí
La Rioja	306.377	317.501	3,63%	-	-	-
Murcia	1.370.306	1.426.109	4,07%	-	-	-
C. Valenciana	4.806.908	5.029.601	4,63%	-	-	-
Aragón	1.277.471	1.326.918	3,87%	-	-	-
Castilla-La Mancha	1.932.261	2.043.100	5,74%	-	-	-
Canarias	1.995.833	2.075.968	4,02%	-	-	-
Extremadura	1.086.373	1.097.744	1,05%	Sí	26,18	Sí
Baleares	1.001.062	1.072.844	7,17%	-	-	-
Madrid	6.008.183	6.271.638	4,38%	-	-	-
Castilla y León	2.523.020	2.557.330	1,36%	Sí	26,83	Sí
TOTAL	41.830.674	43.231.496	3,35%			

3.3. Aspectos de gestión y de relación Estado-CCAA en el ámbito fiscal y financiero

Quizá uno de los puntos más polémicos de las últimas reformas estatutarias es el de la bilateralidad en las relaciones de ciertas regiones con el Estado y la creación de las Agencias Tributarias de las Comunidades Autónomas.

a) Bilateralidad

Distintas de nuevo, tanto en contenido como en denominación han sido las normas incluidas en los distintos Estatutos de Autonomía sobre el marco institucional en que han de desenvolverse las relaciones financieras entre las distintas CCAA con el Estado.

Así, frente a la regulación actual de la LOFCA que atribuye las competencias en materia de financiación autonómica al Consejo de Política Fiscal y Financiera, de naturaleza multilateral, algunos textos estatutarios concede importantes atribuciones a una Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales de naturaleza bilateral.

Cataluña y Andalucía proponen en su documento de diagnóstico la mejora de los mecanismos de coordinación institucional y más

concretamente del Senado que permita su funcionamiento como auténtica cámara de representación territorial. No obstante, Cataluña realiza su propuesta con el propósito de equilibrar los mecanismos bilaterales y los multilaterales. No vamos a tratar la reforma del Senado o su papel de equilibrio entre la bilateralidad y la multilateralidad. Precisamente este papel conciliador de una oficina adscrita al Senado es una de las propuestas del reciente informe del Instituto de Estudios Fiscales sobre Financiación Autonómica.

Se pueden distinguir, desde este punto de vista, dos tipos de regulaciones estatutarias:

- Algunas reformas estatutarias no introducen modificaciones sustanciales respecto a la situación actual. Es el caso de los Estatutos de autonomía de Valencia y de Castilla y León que otorgan a la Comisión Mixta las funciones de establecimiento del alcance y las condiciones de cesión.
- El resto de las reformas estatutarias (Cataluña, Andalucía, Aragón y Baleares) aumentan sustancialmente las competencias de la Comisión Mixta aunque con un alcance diferente entre ellas. Todos estos Estatutos hacen referencia a las siguientes funciones:
  - Acordar el alcance y condiciones de la cesión de tributos de titularidad estatal y, especialmente, los porcentajes de participación en el rendimiento de los tributos estatales cedidos parcialmente. El alcance y condiciones de dicha cesión se suele remitir mediante disposiciones adicionales (salvo Andalucía que lo hace mediante el artículo 178.3) a proyectos de ley aprobados por el Gobierno
  - Establecer los mecanismos de colaboración entre las dos Administraciones tributarias implicadas, así como los criterios de coordinación y de armonización fiscal.
  - Negociar el porcentaje de participación en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos.
  - Estudiar las inversiones del Estado en la Comunidad Autónoma.
  - Acordar la valoración de los traspasos de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma.
  - Establecer los mecanismos de colaboración entre la Comunidad Autónoma y la Administración General del Estado que sean precisos para el adecuado ejercicio de las funciones de revisión en vía económico-administrativa.
  - Acordar los mecanismos de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado para el ejercicio de las funciones en materia catastral.

- Proponer las medidas de cooperación necesarias para garantizar el equilibrio del sistema de financiación.
- La actualización periódica del sistema de financiación.

Todos los textos estatutarios incluyen cláusulas de integración de esta bilateralidad en la multilateralidad representada por el Consejo de Política Fiscal y Financiera. La cláusula es diferente en cada caso:

El art. 184.1 del Estatuto andaluz señala, como cláusula general, que la comisión *"ejercerá sus funciones sin perjuicio de los acuerdos suscritos por la Junta de Andalucía en esta materia en instituciones y organismos de carácter multilateral"*.

El texto aragonés aunque atribuye a la Comisión carácter bilateral introduce dos matices en el artículo 109. Por una parte, señala que se trata del órgano de relación, pero *"en las materias sobre financiación autonómica específicas aragonesas"*. De otro lado, su actuación se produce *"dentro del marco establecido en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas"*.

El Estatuto Balear enmarca todas las funciones de la Comisión Mixta con la siguiente cláusula: *"sin perjuicio de los acuerdos suscritos por el Gobierno de las Illes Balears en esta materia con instituciones y organismos de carácter multilateral"* (art. 126.1).

Por último el Estatuto de Cataluña señala en el art. 210, que la comisión *"ejercerá sus funciones sin perjuicio de los acuerdos suscritos por el Gobierno de Cataluña en esta materia en instituciones y organismos de carácter multilateral"*.

De la enumeración de las funciones que se atribuyen *ex novo* a la Comisión Mixta al servicio de la bilateralidad hay algunas que pueden afectar al interés general, de la que el Estado es fiduciaria en general y en particular en materia de financiación económica. La conciliación de los intereses y el servicio al interés general son el límite que el Tribunal Constitucional pone las normas institucionales que, en materia financiera, establezcan los Estatutos de autonomía.

En particular hay funciones que se establecen en los Estatutos de Cataluña y de Baleares que condicionan el dibujo completo del sistema de financiación autonómica y que pueden resultar más polémicos que otros. Estos textos atribuyen al órgano de relación bilateral con el Estado la función de *acordar la contribución a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación*. Este precepto, además de presuponer la condición indefinida de contribuyentes netos a la solidaridad y nivelación de estas dos CCAA, rompería el automatismo más o menos armónico del sistema de financiación como un todo y someter la cuantía de financiación a recibir o a aportar por otras CCAA a una negociación realizada bilateralmente.

b) Las agencias tributarias autonómicas.

Por otra parte, todas las reformas de los Estatutos de autonomía regulan avances en la creación de un ente de gestión de las competencias tributarias de las CCAA. La polémica en esta materia tiene carácter más simbólico que de contenido, sobre todo en aquellos casos en que se opta por denominar al ente autonómico Agencia Tributaria. Decimos que tiene carácter simbólico porque estos entes no son más que la *encarnación* del haz de competencias financieras y tributarias que obtenga cada Comunidad Autónoma, y por tanto representación institucional de la *soberanía* o *imperium* tributario de cada una de ellas en su territorio.

Por tanto, más importante que la creación de las Agencias autonómicas es la determinación del grado de participación o implicación de las Comunidades Autónomas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Respecto con el primer asunto (la configuración institucional de las Administraciones tributarias de las CCAA) nos encontramos de nuevo con distintas regulaciones en los textos estatutarios y sus normas de desarrollo. La elección de la forma orgánica de administrar sus competencias no presenta problemas constitucionales sustanciales en la medida en que sus normas reguladoras respeten los límites competenciales, presupuestarios o de otra índole, dado que encajan en la atribución que el artículo 147 de la Constitución atribuye a las CCAA.

En el caso de Cataluña el artículo 204 de su Estatuto obliga a crear la Agencia Tributaria de Cataluña para la gestión de los tributos propios y cedidos. No obstante el *Estatut* obliga a la creación de un Consorcio o ente equivalente en el que participarán de forma paritaria la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Agencia Tributaria de Cataluña. Señala además que el Consorcio podrá transformarse en la Administración Tributaria en Cataluña. La Comunidad Autónoma de Cataluña hizo efectiva la previsión de su Estatuto mediante la creación de su Agencia Tributaria mediante Ley 7/2007, de 17 de julio, de la Agencia Tributaria de Cataluña.

El Estatuto prevé la expansión de sus competencias a la gestión de los tributos cedidos parcialmente: *la Generalitat participará, en la forma que se determine, en los entes u organismos tributarios del Estado responsables de la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos estatales cedidos parcialmente*. El texto no habla de una posibilidad u opción sino que la Generalitat "participará", dejando a un futuro desarrollo normativo la forma de esta participación.

El mismo artículo obliga a ambas Administraciones Tributarias a establecer los mecanismos necesarios que permitan la presentación y

recepción en sus respectivas oficinas, de declaraciones y demás documentación con trascendencia tributaria que deban surtir efectos ante la otra Administración, facilitando con ello el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

Otras regiones establecen en sus Estatutos la creación de Agencias Tributarias. Andalucía (art. 181) establece una regulación prácticamente idéntica a la catalana. Aragón (art. 106) también prevé la posibilidad de creación de una Agencia, pero su regulación es mucho más suave en el trato de las relaciones con la Administración del Estado al señalar en su párrafo 6º:

En desarrollo de lo previsto en el apartado anterior, para la gestión tributaria de los tributos cedidos parcialmente, especialmente cuando lo exija la naturaleza del tributo, se constituirá, de acuerdo con el Estado, un instrumento o ente equivalente en el que participarán, de forma paritaria, la Administración Tributaria del Estado y de la Comunidad Autónoma.

Baleares (art. 133) también obliga a la creación de una Agencia pero también es menos agresiva en cuanto a los mecanismos de coordinación con la Administración del Estado, al hablar de *convenios de colaboración*. La Agencia Tributaria de las *Illes Balears* fue creada por Ley 3/2008 de 14 de abril. En el caso de la Comunidad Valenciana la gestión tributaria se encomienda al Servicio Tributario Valenciano (art. 69).

El resto de las CCAA no han adoptado reformas estatutarias al respecto. Algunas como la Comunidad de Madrid han fijado una postura meridianamente en contra de la creación no sólo de una Agencia en Madrid (Comunidad, porque en el Ayuntamiento de Madrid ya existe) sino a su extensión a otras Administraciones territoriales.

El hecho de que no hayan aprobado disposiciones estatutarias al respecto no ha impedido a otras CCAA adoptar peculiares formas institucionales de gestión tributaria. Así el Principado de Asturias dispone, desde el 1 de enero de 2003, del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, creado mediante Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003. Este cuerpo legal en su artículo 10 crea este ente adscrito a la Consejería competente en materia de Hacienda con gran autonomía. Señala este artículo que este Ente está dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con patrimonio y tesorerías propias y autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. La última en adoptar forma de Agencia Tributaria ha sido la Comunidad de Cantabria mediante ley de 24 de noviembre de 2008.

4. CONCLUSIONES. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Visto todo lo anterior y en trazos gruesos, el Tribunal Constitucional tiene la tarea de enjuiciar las recientes reformas estatutarias en busca de los preceptos que puedan vulnerar alguno de los principios constitucionales. En concreto, deberá hacer un enjuiciamiento eminentemente formal dirigido a remover aquellas normas estatutarias que vulneren el principio de competencia en materia de financiación autonómica. Este enjuiciamiento formal requerirá, como veremos, un estudio del contenido material de las normas estatutarias, dado que sólo la LOFCA esta habilitada constitucionalmente para regular la aplicación armónica de normas financieras y tributarias que afectan a todas las CCAA. Por tanto, salvo un cambio en la doctrina constitucional, el Alto Tribunal no tendría que enjuiciar, por ejemplo, si el sistema de nivelación establecido en los Estatutos vulnera el principio de solidaridad, sino que bastaría con determinar si un Estatuto puede contener disposiciones que se refieran al sistema de nivelación.

Con "temor y temblor" nos atrevemos a advertir de los posibles efectos que, para la "pacificación" del sistema de financiación autonómica, tendría una sentencia eminentemente interpretativa por parte del Tribunal Constitucional, sobre todo si esta adopta la fórmula formal de sentencia desestimatoria (cuando materialmente es de estimación parcial). En nuestra opinión, el enjuiciamiento formal del Tribunal Constitucional debería clarificar el sistema de fuentes en materia de financiación autonómica. Un intento de una interpretación armónica de preceptos que han vulnerado el principio de competencia en el marco de una sentencia desestimatoria dejaría abiertas demasiados interrogantes y sometería al Alto Tribunal a un constante trabajo de reinterpretación. Especiosas construcciones sobre la diferencia entre eficacia y validez de las normas en espera de la futura reforma de la LOFCA dejaría demasiados interrogantes sin contestar.

Como resultado de la exposición anterior debemos obtener algunas conclusiones sobre los problemas constitucionales que plantea la futura reforma del sistema de financiación de las autonomías de régimen común. A esta tarea se está enfrentando el Tribunal Constitucional estos (muchos) días. La solución a este problema requerirá por parte del Alto Tribunal mucho trabajo, finura jurídica y florentina mano política y nosotros con estas líneas sólo podemos aspirar a hacer un poco más docta nuestra ignorancia. Por esta razón nos mantendremos en el terreno de los principios generales y daremos la palabra

cuando tengamos la oportunidad al Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre esta materia en diversas ocasiones y recientemente en las STC 13/2007 y 58/2007.

Como ya expusimos anteriormente, el juicio formal a los Estatutos deberá hacerse con independencia de que el Acuerdo 6/2009 del CPFF y la posterior modificación de la LOFCA y otras leyes se adapten al contenido de los Estatutos de autonomía. En otras palabras, el enjuiciamiento de los Estatutos será formal y basado en el principio de competencia, pero el posible enjuiciamiento de la futura LOFCA será material, ya que aunque competente para la regulación del Sistema de Financiación Autonómica, la aplicación del mismo puede suponer una vulneración de la aplicación efectiva de los principios de autonomía, solidaridad, suficiencia o coordinación que deben cumplirse en esta materia.

4.1. Enjuiciamiento formal

Las reglas básicas de enjuiciamiento constitucional desde un punto de vista formal ya fueron sucintamente tratadas al hablar del bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica. Recordemos algunos puntos esenciales de lo dicho:

a) La Constitución, la LOFCA y los Estatutos de autonomía forman el bloque de constitucionalidad en materia de financiación autonómica.
b) Los componentes del bloque de constitucionalidad debe ser susceptible de una interpretación armónica y unitaria.
c) La relación entre los componentes sub-constitucionales del bloque (Estatutos de autonomía y LOFCA) se rige por el principio de competencia y no por el de jerarquía.
d) A pesar de que el principio de competencia rige la relación entre ambas normas, existe una superioridad competencial de la LOFCA ya que, como señala el Tribunal Constitucional, esta norma tiene como función insertarse en el bloque de constitucionalidad para dotar de homogeneidad al sistema mediante la distribución de competencias financieras entre los distintos entes territoriales.

A la vista de estos parámetros podemos estudiar qué aspectos de las recientes reformas estatutarias podrán estar vulnerando el sistema de fuentes establecido por la Constitución.

El aumento de la participación en los tributos estatales previsto en algunos Estatutos y adoptado por el Acuerdo 6/2009 del CPFF, supone

sin duda un aumento de la autonomía financiera de las CCAA, ya que supondría una disminución de la dependencia de sus Haciendas de las transferencias del Estado. La cuestión a tratar desde un punto de vista formal es si un Estatuto de Autonomía puede establecer los porcentajes de cesión de los tributos.

A este respecto tanto la sentencia 13/2007, de 18 de enero y 58/2007, de 14 de marzo han tenido de tratar el tema.

El Alto Tribunal señala que *"es al Estado a quien corresponde, en el momento de establecer la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos transferibles, ponderar los intereses en juego, tanto los del conjunto de las Comunidades Autónomas como de los suyos propios, en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE"*. Señala asimismo que *"la cuestión de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado afecta directamente al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE), y en particular a su autonomía financiera (art. 156.1 CE), en la medida en que dicha participación responde a una finalidad de garantía de las disponibilidades financieras de las Comunidades Autónomas"* y *"dado que en la determinación de la participación de cada Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado están en juego la suficiencia de todas las Comunidades Autónomas, su autonomía financiera y la solidaridad entre todas ellas (y, en último término, la suficiencia financiera del Estado y la de todo el sector público), es evidente la necesidad de que en este ámbito se adopte la decisión correspondiente de forma coordinada entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el seno de un órgano en el que estén representados todas éstas y aquél. Y, en la actualidad, de acuerdo con el art. 3.1 LOFCA, es al Consejo de Política Fiscal y Financiera, órgano consultivo y deliberante, integrado por el Ministro de Economía y Hacienda y cada uno de los Consejeros de Hacienda de cada Comunidad y Ciudad Autónoma, a quien corresponde la coordinación "entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado" (art. 3.1 LOFCA)"*.

Concluye el Tribunal Constitucional que no es admisible que *"la determinación del porcentaje de participación en los ingresos del Estado pueda depender de la voluntad de una determinada Comunidad Autónoma, pues ello, ni resulta de los términos expresos de los preceptos del bloque de la constitucionalidad a que se ha hecho referencia, ni es compatible con el carácter exclusivo de la competencia que corresponde al Estado, de acuerdo con el art. 149.1.14 CE, para el señalamiento de los criterios de distribución de la participación de las Comunidades Autónoma en los ingresos de aquél"*.

De la doctrina del Tribunal Constitucional se podría concluir que la fijación de estas participaciones debería realizarse previa

deliberación en el CPFF con el resto de las CCAA y previa ponderación de los intereses generales en juego (aunque el primer requisito no debe ser obstáculo para el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado en este particular).

Como hemos visto al tratar el principio de autonomía financiera, el eje de la constitucionalidad de las reformas constitucionales se basa en la exclusividad de la competencia del Estado, a través fundamentalmente de la LOFCA, sobre aquellas medidas de financiación autonómica que puedan tener efectos sobre la aplicación de, entre otros, los principios de solidaridad, suficiencia, unidad o autonomía financiera. El TC parece considerar que la homogeneización de los principios e intereses contrapuestos deber realizarse por el Estado a través de la habilitación prevista en el artículo 157.3 de la Constitución. Sería difícil una interpretación armónica de la LOFCA y del Estatuto de Cataluña si la primera hubiera optado por un porcentaje de cesión de los impuestos diferentes a los establecidos en la norma estatutaria.

Como inciso, es preciso recordar que la aplicación aislada del aumento de la autonomía financiera prevista en el *Estatut* no tendría un el efecto deseado por los ponentes de esta norma si no fuese acompañado por una limitación de la solidaridad a través de un sistema de nivelación parcial, ya que el aumento de la capacidad fiscal se vería reducido por un aumento de la aportación de las CCAA con excedentes de capacidad fiscal a la nivelación horizontal.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, parece que el procedimiento adecuado para determinar el grado cesión de los tributos compartidos pasaría por un acuerdo del CPFF seguido de la modificación de la LOFCA y leyes de cesión. Cuestión distinta y más difícil será determinar si la aplicación de este grado de cesión de tributos supone una vulneración material de principios financieros recogidos en la Carta Magna, lo que afectaría a la propia constitucionalidad de la LOFCA que la recoja.

Por otro lado, la fijación del sistema de nivelación es la espina dorsal del sistema de financiación autonómica y por tanto le es de aplicación de la doctrina que hemos reiterado más arriba. Por tanto, parece que su determinación sería competencia exclusiva del Estado, teniendo como sede de deliberación natural el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Es cierto que la redacción definitiva del artículo 206 del Estatuto de Cataluña resulta lo suficientemente ambiguo como para permitir una gran cantidad de modelos de nivelación, pero algunos aspectos como el principio de ordinalidad no es lógico que tengan como sede regulatoria la norma principal de una CCAA.

Desde un punto de vista institucional, si bien existe cierta dosis de bilateralidad en las Comisiones Mixtas paritarias entre el Estado y las

CCAA sobre impuestos cedidos o participaciones en ingresos del Estado, las medidas que afecten a los intereses generales de las CCAA y del Estado deben adoptarse en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. La intervención de una Comunidad Autónoma (a través de su Comisión Mixta) no puede soslayar el marco de cooperación y coordinación derivado del marco constitucional: el Consejo de Política Fiscal y Financiera. La intervención de este órgano es necesaria para dar cumplimiento a los principios del artículo 156.1; principios que, en definitiva, resumen la esencia de la regulación constitucional del sistema de financiación autonómica: la coordinación con la hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles como límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónoma. Por tanto, algunas competencias que se otorgan en exclusiva a las comisiones mixtas previstas en los Estatutos, como la determinación del alcance, condiciones y porcentajes de cesión de los tributos compartidos, pueden tener elementos de inconsititucionalidad. La labor esencial del CPFF en la determinación del modelo de financiación debe compaginarse con la actuación de las Comisiones Mixtas, determinantes en la concreción a cada CCAA de lo establecido para todas multilateralmente. De nuevo el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/2007 da preeminencia al CPFF:

"y dado que en la determinación de la participación de cada Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado están en juego la suficiencia de todas las Comunidades Autónomas, su autonomía financiera y la solidaridad entre todas ellas (y, en último término, la suficiencia financiera del Estado y la de todo el sector público), es evidente la necesidad de que en este ámbito se adopte la decisión correspondiente de forma coordinada entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el seno de un órgano en el que estén representados todas éstas y aquél. Y, en la actualidad, de acuerdo con el art. 3.1 LOFCA, es al Consejo de Política Fiscal y Financiera, órgano consultivo y deliberante, integrado por el Ministro de Economía y Hacienda y cada uno de los Consejeros de Hacienda de cada Comunidad y Ciudad Autónoma, a quien corresponde la coordinación «entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado» (art. 3.1 LOFCA). Se trata, pues, de una «conferencia sectorial» (en terminología del art. 5.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), de composición multilateral, con funciones de coordinación y cooperación, razón por la cual se le atribuye competencia para «el estudio, la elaboración, en su caso, y la revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costos de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas» [art. 3.1.c) LOFCA], y, «en general, todo

aspecto de la actividad financiera de las Comunidades y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precise de una actuación coordinada» [art. 3.1.g) LOFCA], como es el caso de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado" (FJ8)

Continúa el Alto Tribunal tratando el papel de las Comisiones Mixtas:

"Por tanto la intervención de la Comisión Mixta reclamada por el Parlamento de Andalucía no puede ignorar o soslayar el señalado marco de coordinación y cooperación interterritorial, pues, como acabamos de decir, este marco ha de ser necesariamente respetado para subvenir a los principios establecidos en el art. 156.1 CE. Ahora bien, este marco multilateral tampoco puede desplazar, en el ámbito específico de sus competencias, la actuación de las Comisiones Mixtas, es decir, ha de integrarse también con las funciones que dichas Comisiones tengan en su caso atribuidas en las normas estatutarias y en la LOFCA en cuanto órganos bilaterales específicamente previstos para concretar la aplicación a cada Comunidad Autónoma de los criterios acordados en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. De acuerdo con el doble marco de integración señalado, el que la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de los criterios de reparto de los recursos del Estado deba producirse en el seno de un órgano como el Consejo de Política Fiscal y Financiera (art. 3 LOFCA) no significa que, antes o después de que dicho órgano delibere y en su caso adopte un acuerdo (que no olvidemos que, conforme al art. 10.2 del Reglamento de Régimen de Interior del Consejo de Política Fiscal y Financiera, tendría la naturaleza de mera recomendación elevada al Gobierno, a quien correspondería elevar por su parte a las Cortes Generales su propia propuesta), no puedan tener lugar contactos entre el Estado y cada Comunidad Autónoma, en particular, en el seno de las Comisiones Mixtas a que hacen referencia las diferentes normas estatutarias, bien de carácter previo, con el fin de poner de manifiesto sus pretensiones y acercar posiciones, bien a posteriori, para concretar la aplicación a cada Comunidad Autónoma de los recursos previstos en el sistema de financiación que, a la vista de las recomendaciones del Consejo de Política Fiscal y Financiero, pudieran establecer las Cortes Generales."

Nos parece muy interesante el paralelismo que establece que hace MANZANO SILVA[13] entre el CPFF y el Consejo Territorial del Sistema

[13] MANZANO SILVA, Mª ELENA. Consideraciones en torno al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Impuestos nº 3, Sección Doctrina, Quincena del 1 al 15 de febrero de 2008.

para la Autonomía y Atención a la Dependencia (CTSAAD) creado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia cuya participación en el establecimiento de los niveles de protección de las personas dependientes resulta determinante, y su participación supone un requisito *ad solemnitatem*, imprescindible para el funcionamiento del SAAD. En caso de no desarrollarse adecuadamente un órgano dependiente del Senado que suponga una verdadera representación territorial en materia de financiación autonómica, estaría dentro de lo lógico otorgar un papel más determinante al CPFF, dando mayor dinamismo capacidad vinculante a sus deliberaciones y votaciones, ya que actualmente sirve más como instrumento para enterrar el conflicto que como foro de debate.

También no parece conveniente que el texto estatutario catalán obligue en su artículo 204.2 a la creación de un Consorcio o ente equivalente de participación paritaria entre las Agencias estatal y catalana, aunque este precepto y el artículo 205, relativo a las reclamaciones económico-administrativas, podrían resistir un juicio formal de constitucionalidad.

4.2. Enjuiciamiento material

El enjuiciamiento material supone tratar de los efectos que la aplicación de las propuestas vistas en la parte expositiva tendría en la práctica sobre los principios constitucionales. El juicio material tanto de las normas estatutarias que superen el formal, como de la LOFCA que se adopte en los próximos meses, es mucho más difuso. El carácter ambiguo del texto constitucional hace que los límites a la solidaridad o autonomía financiera sean una materia con un mayor recorrido evolutivo de acuerdo a circunstancias políticas e históricas. Por ello resulta difícil poner límites diáfanos desde un punto de vista material.

La solidaridad y la autonomía, como principios informadores de la organización territorial del Estado, tienen como pórtico el artículo 2 de la Constitución, pero tiene constante presencia a lo largo del texto constitucional (artículos 40, 131, 137,138, 156, 157 o 158).

La relación entre estos dos principios ha sido tratada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones. El principio de autonomía en su vertiente financiera viene a significar, de acuerdo con el Alto Tribunal, la plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas (SSTC 63/1986, 201/1988, 96/1990 o 150/1990), no

obstante, el derecho a la autonomía financiera no tiene carácter absoluto. Tal y como señalan DOMÍNGUEZ y SÁNCHEZ[14], el Tribunal Constitucional considera que la solidaridad actúa como límite negativo al ejercicio de la autonomía de las CCAA, pues éstas habrán de realizar un ejercicio competencial que no menoscabe las obligaciones que se deriven para ellas de la solidaridad interterritorial. La STC 135/1992 señala en su FJ 7º señala que el principio de solidaridad no es sino un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española.

Un aumento de la capacidad fiscal de las CCAA no supone una disminución del efecto solidario del fondo de nivelación mientras esté sea total o completo, dado que éste sigue garantizando la diferencia entre necesidades y capacidad fiscal de las CCAA. Desde un punto de vista dinámico podría haber diferencias, en la medida en que la actualización de la dotación anual de las transferencias de nivelación y suficiencia en función de un índice de referencia, puede ser menor que el incremento de fondos derivados del ejercicio de la capacidad fiscal en las regiones más dinámicas. En el caso del FGSPF, este problema se intenta corregir con la adaptación anual de sus variables de reparto.

El aspecto clave del tema tratado es determinar qué instrumentos deben utilizarse para hacer efectivo el principio de solidaridad. A este respecto podemos hacer las siguientes consideraciones:

1) La realización efectiva del principio de solidaridad tiene instrumentos específicos previstos en la Constitución, en particular, el Fondo de Compensación Territorial, pero que no se agota con éstos (STC 146/1992 citada por DOMÍNGUEZ y SÁNCHEZ).
2) El Fondo de Suficiencia tenía evidentes efectos de redistribución y reequilibrio entre territorios, al dotar con medios suficientes a las CCAA con insuficiencia de recursos para prestar los servicios públicos transferidos.
3) No obstante lo anterior, determinados elementos del Sistema de Financiación a extinguir producen efectos que sobrepasan los objetivos del mismo, en particular que las CCAA más solidarias acaben teniendo una financiación por habitante inferior a la media. A efectos ilustrativos véase el siguiente cuadro que representa la financiación por habitante resultante del último ejercicio liquidado (2007):

[14] DOMÍNGUEZ ZORRERO, M y SÁNCHEZ PINO, A.J. 2003. "La solidaridad interterritorial y la financiación autonómica" publicada en la Revista de Estudios Regionales nº 66, pp. 153-165.

Cuadro 7. Financiación homogénea por habitante ejercicio 2007

CCAA	Población 2007	Financiación homogénea estimada 2007	Financiación por habitante	Comparación media = 100	Jerarquía CCAA
Cataluña	7.210.508,00	15.921.447,23	2.208,09	94,45	11
Galicia	2.772.533,00	7.472.552,91	2.695,21	115,28	5
Andalucía	8.059.461,00	19.128.664,20	2.373,44	101,52	9
Asturias	1.074.862,00	2.878.420,97	2.677,94	114,55	7
Cantabria	572.824,00	1.578.172,17	2.755,07	117,84	4
La Rioja	308.968,00	851.761,40	2.756,79	117,92	3
Murcia	1.392.117,00	2.954.969,96	2.122,64	90,79	12
C. Valenciana	4.885.029,00	10.147.731,91	2.077,31	88,85	14
Aragón	1.296.655,00	3.479.831,04	2.683,70	114,79	6
Castilla-La Mancha	1.977.304,00	5.040.414,86	2.549,14	109,04	8
Canarias	2.025.951,00	4.559.584,74	2.250,59	96,27	10
Extremadura	1.089.990,00	3.226.978,69	2.960,56	126,63	1
Baleares	1.030.650,00	1.881.822,79	1.825,86	78,10	15
Madrid	6.081.689,00	12.677.697,42	2.084,57	89,16	13
Castilla y León	2.528.417,00	7.109.180,47	2.811,71	120,27	2
TOTAL	42.306.958,00	98.909.230,77	2.337,90	100,00	

NOTA AL CUADRO: Lógicamente, la comparación entre CCAA de financiación per cápita debe realizarse en términos de competencias homogéneas ya que, de otro modo, se estaría incluyendo en la financiación de alguna de ellas la correspondiente a competencias que no disfrutan otras (por ejemplo policía autonómica en Cataluña, Justicia en Madrid, etc.).

En el sistema todavía vigente hay ciertos factores que producen disfunciones en términos de renta *per cápita* en el actual sistema. Son las modulaciones (límites a los fondos que pueden percibir las CCAA), los fondos específicos (de insularidad o renta relativa) y la garantía de *status quo* (nadie recibirá menos que lo que obtuvo del anterior sistema). Todas ellas afectan al cálculo de las necesidades de gasto.

El nuevo sistema de financiación, cuyas directrices están establecidas en el Acuerdo 6/2009 del CPFF, además de atender a consideraciones de carácter técnico (como corregir la sobrenivelación que se hemos ilustrado, dar mayor transparencia al sistema, mejor su suficiencia dinámica o el sistema de entregas a cuenta) supone una evolución evidente al avanzar en la autonomía financiera y limitar la solidaridad interterritorial al 75% de la capacidad fiscal normativa.

Desde nuestro punto de vista, no existen elementos claramente inconstitucionales en el nuevo sistema desde un punto de vista material. Como vimos más arriba, la exigencia de considerar el esfuerzo fiscal a través de una definición normativa de la capacidad fiscal es consustancial a cualquier sistema de nivelación y no se recoge de forma radical el principio de ordinalidad de los Estatutos de Cataluña o Baleares. La limitación de la solidaridad interterritorial es una decisión de carácter político y no ajena en el federalismo comparado. Cuestión distinta es que se hubiese recogido un concepto más estricto de nivelación parcial, ya que, dado el carácter incondicional de las transferencias del Estado, se hubiese puesto en riesgo la igualdad en la prestación de servicios fundamentales por insuficiencia de recursos de las regiones menos desarrolladas. Incluso en este caso, existen otros instrumentos constitucionales para cubrir las diferencias de de renta, como el Fondo de Compensación Interterritorial y, sobre todo, las Asignaciones de Nivelación, todavía inéditas.

En lo referente al porcentaje de cesión y capacidades normativas en los tributos compartidos, existen muchos pronunciamientos doctrinales que consideran que la nueva regulación puede vulnerar el principio de igualdad. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, desde el año 2000, que el principio de autonomía debe acompañarse de corresponsabilidad fiscal o capacidad de las CCAA de fijar su propia presión fiscal. Si bien la igualdad no se corresponde con uniformidad, corresponderá al Alto Tribunal el grado de descentralización que, sobre todo en el IRPF, es tolerable desde un punto de vista constitucional.

No obstante, una cuestión nueva que suscita el Acuerdo 6/2009 es condicionar la percepción del Fondo de Competitividad al ejercicio de competencias normativas por las CCAA, desincentivando, en la medida de lo posible la competencia fiscal a la baja. Será un tema de evidente controversia determinar la compatibilidad de unas competencias normativas crecientes en tributos cedidos y compartidos con la penalización de reducciones fiscales a través del Fondo de Competitividad. La justificación de esta medida es evitar la percepción de un Fondo que compensa la menor financiación *per capita* por aquellas CCAA que no explotan suficientemente su capacidad fiscal. Como siempre se tratará de ponderar los principios constitucionales en juego.

Sin embargo el ejercicio de las competencias normativas por parte de las CCAA han encontrado un nuevo límite: el Derecho comunitario. Las decisiones de las CCAA en materia tributaria se encuentran con el límite de la armonización en materia de impuestos indirectos y de la competencia en materia de impuestos directos. Muy comentado

ha sido, por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006, C-88/03 que califica como ayuda de estado la reducción de los tipos de gravamen en la imposición sobre la renta en el territorio portugués de las Azores. Quizá el límite a la autonomía financiera de las CCAA no se encuentra tanto en el Ordenamiento interno español como en los principios del Derecho comunitario, ya lo veremos.

EL RECURSO DE SUPLICACIÓN: ARTÍCULOS 189 Y 191 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL 2/1995 DE 7 ABRIL

POR
MARTA AZABAL AGUDO
Y
CRISTINA RECARTE LLORENS
LETRADAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: HISTORIA DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN. SU NATURALEZA. 2. SENTENCIAS RECURRIBLES EN SUPLICACIÓN. 2.1. Regla general y excepciones. 2.2 Sentencias contra las que en todo caso cabe recurso de suplicación. 3. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN. 3.1. Introducción. 3.2. Primer motivo: reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. 3.2.1. La infracción de normas procesales. 3.2.2. Requisitos que deben concurrir para la estimación del recurso 3.2.3. El artículo 191.a) de la LPL en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid. 3.3. Segundo motivo: revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. 3.3.1. El artículo 191.b) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid. 3.4. Tercer motivo: examinar las infracciones de normas sustantivas y de la Jurisprudencia. 3.4.1. Infracción de normas sustantivas. 3.4.2. Infracción de la jurisprudencia. 3.4.3. El artículo 191.c) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN: HISTORIA DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN. SU NATURALEZA

El recurso de suplicación del orden jurisdiccional social es un recurso peculiar de dicho orden, que cuantitativamente constituye el más importante de aquél.

El término "suplicación" trae causa de la *supplicatio* del Derecho romano, configurándose como un recurso extraordinario que podía interponerse contra las resoluciones que no eran susceptibles de *appellatio*, siendo resueltos por el órgano o persona que culminaba la organización jurisdiccional del Estado, a diferencia el contemporáneo.

El recurso de suplicación en nuestro derecho fue creado por el Decreto de 11 de julio de 1941, habiendo sido objeto de dos modificaciones fundamentales:

- la primera fue llevada a cabo por la Ley de 22 de diciembre de 1949; esta norma estableció una configuración del recurso de

suplicación que, salvo el órgano encargado de resolverlo, en lo esencial se ha mantenido con posterioridad. Asimismo, refundió los antiguos motivos de casación laboral en los tres motivos actuales de suplicación, dirigidos a examinar el derecho aplicado, revisar los hechos declarados probados e impugnar las faltas esenciales del procedimiento, tal y como los conocemos en la actualidad.

- la segunda modificación fue llevada a cabo por la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, que atribuyó su resolución a los Tribunales Superiores de Justicia (antes la competencia estaba atribuida al Tribunal Central de Trabajo). Dicha Ley adaptó el recurso de suplicación a la nueva organización judicial propia del estado autonómico, en el que los Tribunales Superiores de Justicia ocupan una posición preeminente, mantenida en su texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/1995 de 7 de abril.

El art. 188.1 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 (LPL), primero de los preceptos dedicados a regular la suplicación, dispone que "*Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción*".

La doctrina ha destacado la inutilidad de este precepto, en tanto en cuanto reitera lo establecido en el art. 7.b) LPL sobre competencia objetiva y funcional.

Como ya adelantamos, no siempre el conocimiento de este recurso ha correspondido a los TSJ; con anterioridad a la organización judicial introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación de la Planta Judicial, era el Tribunal Central de Trabajo, con competencia en todo el ámbito nacional, el designado para conocer de los recursos de suplicación cuyo objeto no era otro que la revisión de las sentencias de las Magistraturas.

Con la LPL de 1990, queda configurada la suplicación como la única vía de revisión de las resoluciones emanadas de los nuevos Juzgados de lo Social, configurándose como un recurso devolutivo del que conoce el órgano superior en grado, y de carácter extraordinario, en cuanto que sólo procederá por alguno de los motivos señalados por la Ley, y contra las resoluciones que la misma determina. Se diferencia así de la apelación en que los TSJ no realizan un nuevo examen de los hechos, de las pruebas y del derecho aplicable, sino que se ciñen a determinados aspectos de la resolución impugnada.

Ahora bien, el sistema de única instancia previsto en el orden procesal laboral, y la naturaleza extraordinaria del recurso incorporan a éste una función cercana a la casación, pues se instrumentaliza para garantizar la defensa de la Ley frente a la actuación de los Juzgados de lo Social, aunque no sea instrumento suficiente para cumplir la función unificadora de interpretación y aplicación de la ley y la doctrina jurisprudencial, que corresponde, por reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al Tribunal Supremo.

Por ello, no resulta técnicamente correcto afirmar que el control de las decisiones de aquellos órganos corresponde de forma exclusiva a los TSJ, en tanto que por el cauce del recurso de unificación de doctrina, acceden al TS asuntos resueltos en instancia por los Juzgados de lo Social ante decisiones contradictorias dictadas en suplicación[1].

Con todo, dada la intensa actividad de los TSJ en suplicación, el control de las resoluciones de los Juzgados de lo Social descansa principalmente en dichos órganos, con independencia de la incidencia de la tarea unificadora que el Tribunal Supremo desarrolla por el cauce ya mencionado.

2. SENTENCIAS RECURRIBLES EN SUPLICACIÓN

2.1. Regla general y excepciones

Como regla general, el art. 189.1 LPL permite que la suplicación pueda interponerse contra todo tipo de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social, cualquiera que sea la naturaleza del asunto en que se hubieren dictado, con las siguientes excepciones:

a) Sentencias recaídas en procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria, y determinación del periodo de disfrute en periodos de lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares[2].

[1] Sin embargo, la STS de 15 de abril de 1999, que analiza el recuso de suplicación cuando el asunto presenta afectación masiva o general, añade a la función de control de las decisiones judiciales de los órganos inferiores que desarrollan los TSJ, la unificadora de los pronunciamientos de aquellos órganos, al afirmar que el recurso, para la materia concreta referida, tiene una naturaleza similar al recurso de casación para unificación de doctrina, "pues, como éste, se sirve del interés de las partes para lograr un objetivo que trasciende dicho interés".

[2] Con fecha 5 de mayo de 2009 entrará en vigor la reforma de las leyes procesales llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de implantación de la nueva oficina judicial, en virtud de la cual se introduce en el artículo 189.1 la siguiente redacción:

En relación con este apartado, es preciso dejar claro que no quedan afectadas por la prohibición aquellas sentencias dictadas en asuntos relativos a las vacaciones que, si bien pueden tener una repercusión mediata en las fechas de las vacaciones, no se refieran en concreto a la fecha de disfrute de las mismas, como tampoco las que decidan sobre la declaración del derecho de un trabajador a disfrutar de vacaciones. Tan sólo las que traten sobre la fecha de disfrute[3].

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de febrero de 2009 admite la suplicación contra una sentencia que versaba sobre la procedencia o no de descontar de la liquidación de vacaciones de un trabajador laboral interino de la Comunidad de Madrid que causa baja voluntaria, los días de preaviso que éste hubiera incumplido conforme al convenio colectivo.

En cuanto a la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en periodos de lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares, son cuestiones que se ventilan a través de la modalidad procesal del art. 138 bis LPL, a diferencia de los restantes permisos y licencias que se tramitan por el proceso ordinario. Dicha modalidad procesal se circunscribe exclusivamente a las controversias que puedan surgir entre el empresario y el trabajador en la fijación del horario y periodo para la materialización de la reducción de la jornada por motivos de lactancia o familiares, o ambos; en consecuencia, todos los conflictos relativos a estos permisos y licencias que se planteen en relación a la acumulación de derechos, al reconocimiento de los mismos, o a su alcance, incluida la fijación de quién tiene la facultad de determinar y elegir el horario (Sentencia del TSJ de Aragón de 17 de abril de 1999), se sustanciarán por el proceso ordinario, con la consecuencia que ello conlleva: el acceso de las sentencias a suplicación.

"Son recurribles en suplicación:

1. Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo las que recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria, y determinación del periodo de disfrute en permisos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis, en los de materia electoral, en los de clasificación profesional, en los de impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente, y las dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de mil ochocientos euros".

[3] Sin embargo, la modificación de la fecha de vacaciones por causa sobrevenida, transcurrido el periodo vacacional, sí tiene acogida en la prohibición, al tratarse de una pretensión modificadora de la fecha ya acordada que debe seguir idéntico procedimiento al de su fijación (Sentencia del TSJ de Valencia de 22 de abril de 1997).

b) La segunda excepción a la posibilidad de recurso, es la relativa a procedimientos que versen sobre materia electoral.

Al igual que en el caso anterior, el fundamento de la no recurribilidad en estos procesos deriva de la necesidad de obtener con rapidez una solución del conflicto.

La Ley 11/94 de modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral y Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, ha modificado el contenido de la Sección 2ª del Capítulo V del Título II de la LPL, distinguiendo dos subsecciones dentro de la materia electoral:

- La primera, dedicada a la impugnación de los laudos arbitrales en materia electoral (arts. 127 a 132 LPL), contempla el procedimiento para impugnar el laudo dictado en el arbitraje de derecho realizado para resolver las posibles incidencias que surjan en las elecciones de los miembros del comité de empresa y delegados de personal, así como para impugnar los laudos que puedan dictarse en el marco de las elecciones celebradas en las administraciones públicas. Como en el caso de las vacaciones, la tramitación del procedimiento será urgente, y en el mismo, tras el juicio, se dictará una sentencia que el art. 132 LPL señala que no será susceptible de recurso.
- La subsección segunda, por su parte, regula un nuevo procedimiento para hacer frente a los problemas que puede suscitar la nueva regulación del procedimiento electoral en cuanto al registro de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. En los casos de denegación del registro de un acta por alguna de las causas del art. 75.2 ET, cabe, por parte de la oficina, requerir la subsanación y, si ésta no es posible o no se realizara, denegar el registro. Contra dicha denegación cabe acudir ante el Juzgado de lo Social de la circunscripción de la oficina, a través del procedimiento regulado en los arts. 133 y ss. LPL, que se considera urgente, y en el cual, tras la celebración del acto del juicio, se dictará sentencia contra la que no cabe recurso.

La doctrina ha puesto de relieve que la interpretación de lo que sea "materia electoral" debe hacerse de forma restrictiva a fin de posibilitar el recurso en todos los demás casos, incluso si se conoce de aspectos relacionados con las elecciones pero que no se encauzan por la modalidad procesal de los arts. 127 y ss. LPL.

c) La tercera excepción se refiere a los procesos sobre clasificación profesional, que puede ir acumulada o no a una eventual reclamación

de cantidad aparejada al ejercicio de funciones de superior categoría.

Tratándose de una reclasificación profesional, debe seguirse la modalidad procesal del art. 137 LPL, si bien sólo cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de una categoría profesional superior —lo que la Jurisprudencia ha denominado como el principio de adecuación función-categoría—, no cuando la cuestión verse sobre la interpretación de normas[4]. Esta precisión es de suma importancia pues, también de elaboración jurisprudencial son los llamados procesos de encuadramiento, es decir, aquellos en los que lo que es objeto de debate es la aplicación o interpretación de una norma, convenio o acuerdo en el momento de encuadrar a un trabajador en una determinada categoría, no estando conforme el trabajador con la asignada, e impugnando, por tanto, la categoría profesional atribuida *ab initio* (Sentencia del TSJ de Madrid de 15 de enero de 2008). Ambos procedimientos se diferencian, no sólo por su cauce procesal (los de encuadramiento se sustancian por el procedimiento ordinario), sino también a efectos de prescripción, toda vez que el encuadramiento es una obligación de tracto único cuyo plazo de prescripción empieza a correr en el momento en que dicho encuadramiento ha tenido lugar, a diferencia de los procesos sobre adecuación función-categoría, que se consideran de tracto sucesivo.

Por lo que respecta al planteamiento acumulado de reclasificación profesional y cantidades económicas ligadas al ejercicio de funciones de categoría superior, debe considerarse la segunda como subordinada de la primera, pues, tal y como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998, "*se apoya precisamente en que el demandante entiende que se le ha venido satisfaciendo un salario menor que aquél que le correspondía percibir por los trabajos realmente realizados [...] Por ello, a efectos del recurso que quepa entablar contra la sentencia de instancia, la acción de reclamación de cantidad debe correr la misma suerte que la principal*", no siendo determinante para la inadmisión del recurso el importe de lo reclamado. En un sentido más amplio se pronuncia el TSJ de Madrid cuando, en su Auto de 24 de marzo de 1999, citando, entre otras, la STS de 22 de septiembre de

[4] Existe una línea jurisprudencial consolidada que niega el recurso de suplicación en el proceso que tiene como precedente otro en que se reconoció al trabajador la categoría solicitada en el mismo, pero no se fijó la fecha de efectos de dicha clasificación, debatiéndose en el proceso actual la fijación de la fecha, y ello por estimar que el pronunciamiento de este litigio está "absolutamente ligado al de clasificación profesional y que le complementa, por lo que debe ser sometido a la regla del art. 189.1 LPL" (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de septiembre de 1998, 8 de febrero de 1999 y 24 de mayo de 1999).

1999, dice que "*los pronunciamientos declarativos accesorios o derivados de uno principal se regulan a efectos de recurribilidad por éste último*".

d) En cuarto lugar, el art. 189.1 no admite recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en procesos que versen sobre "impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente".

Frente al proceso por despido, que representa la sanción mayor, en el resto de sanciones la LPL distingue distintas situaciones a la hora de permitir el acceso al recurso de suplicación:

- Si la sanción que se pretende revisar ante el Juzgado de lo Social es leve o grave, la sentencia que se dicte en el proceso no será susceptible de recurso, ya la confirme, ya la revoque.
- Si se trata de una sanción muy grave, distinta al despido —contra el que, en todo caso, cabe recurso—, cabe, a su vez, distinguir:
  - que el Juez confirme la sanción, en cuyo caso el trabajador podrá recurrirla a través del recuso de suplicación,
  - que el Juez la revoque total o parcialmente o la anule, en cuyo caso no cabrá recuso de suplicación.

El TC, en su Sentencia de 5 de febrero de 1987, ya ha declarado que esta irrecurribilidad no es inconstitucional pues "*en lo que se refiere al ámbito procesal laboral, no hay principio alguno en la Constitución Española que obligue a la existencia de unos determinados recursos, por lo que pertenece al ámbito de libertad del legislador establecer los que estime oportunos*".

La restricción del recurso hay que referirla a los aspectos sustantivos resueltos en el proceso, puesto que los vicios *in procedendo* siempre permiten el acceso al recurso de suplicación, entendiendo por tales, evidentemente, los que se susciten en la actuación estrictamente procesal.

Como casos particulares podríamos aludir a los siguientes:

- Supuesto en el que se impone por el empresario, y el juez confirma, una sanción prevista para las faltas muy graves, pero sin embargo se califica la misma como grave o leve; en estos casos de falta de correspondencia entre sanción y falta, debe admitirse el recurso, ya que el perjuicio del sancionado aún es mayor cuando se le impone una sanción inadecuada por exceso que cuando falta y sanción se corresponden (MARÍN CORREA).

- De igual manera debería ser recurrible el supuesto contrario, es decir, que una sanción prevista para las faltas graves y leves se le asigne la calificación de falta muy grave, ya que al trabajador no le interesa dicha calificación, puesto que los perjuicios también se sufren cuando se califica la acción como falta muy grave, aunque no se impongan las sanciones previstas para la misma, ya que la falta será generalmente anotada en su expediente personal, pudiendo irrogarle perjuicios en un futuro.
- Por último, hay que tener en cuenta que, declarado improcedente un despido, el Juez puede autorizar en la sentencia que el empresario imponga al trabajador sanción distinta e inferior a la del despido, pero sin fijar en la sentencia (la del proceso de despido) el alcance de ésta; ello da lugar a que al rechazarse la calificación del despido como procedente, el empresario sí pueda recurrir en suplicación, ya que todas las sentencias dictadas en materia de despido son recurribles (art. 191.1.a) LPL), cualquiera que sea la sanción inferior al despido que se hubiera autorizado.

e) Finalmente, el art. 191.1 LPL prevé que no quepa suplicación contra "las sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 300.000 pesetas (1.803 euros)"[5].

El límite de 1.803 euros opera para todo tipo de reclamaciones, es decir, que no se trata sólo de reclamaciones salariales, sino de cualquier reclamación, sea de naturaleza laboral o de seguridad social. En todo caso, dicha cantidad vendrá determinada en función de la pretensión o pretensiones ejercitadas por el demandante en la demanda, y no por la que sea reconocida en sentencia, de tal forma que si la sentencia sólo reconoce al actor el derecho a percibir una cantidad inferior a 1.803 euros, aquél podrá interponer recurso de suplicación. Cabe la posibilidad de que la cantidad quede configurada de manera definitiva en un momento procesal posterior a la presentación de la demanda; en tal caso, y de conformidad con la Sentencia del TSJ de Andalucía de 17 de octubre de 1995, "*si al ratificar la demanda, se reduce la cuantía de la reclamación hasta límite*

[5] Frente a la legislación anterior, en la que ha sido una constante la fijación de un límite cuantitativo, tanto superior, para delimitar el delimitar el recurso de casación frente al de suplicación, como inferior, para establecer las resoluciones recurribles en suplicación, la actual LPL ha variado la regulación de las resoluciones recurribles, desplazando el criterio cuantitativo, que era la regla general antes, a un segundo plano, puesto que se establecen otros criterios que habrán de tenerse presentes antes de aplicar la regla de la cuantía.

inferior a 300.000 pesetas, contra la sentencia dictada no cabe recurso alguno".

Conviene señalar, por otro lado, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado el criterio de que, al estar la materia de fijación de la cuantía regulada por la LPL, no se puede aplicar supletoriamente la LEC. Las reglas anteriores deben ser completadas con lo dispuesto en el art. 190 LPL, a cuyo tenor: "*1. Si fuesen varios los demandantes o algún demandado reconviniese, a efectos de la procedencia o no del recurso, la determinará la reclamación cuantitativa mayor. 2. Si el actor formulase varias pretensiones y reclamare cantidad por cada una de ellas, se sumarán todas para establecer la cuantía*".

Como casos particulares podemos aludir a los siguientes:

- Supuesto en el que las partes no estuvieran de acuerdo en la cuantía de la pretensión o pretensiones contrarias: la Jurisprudencia ha reiterado que las normas que fijan los medios de impugnación posibles contra las resoluciones jurisdiccionales son de orden público, no pudiendo quedar al arbitrio de las partes la existencia o no de los mismos (SSTS 11 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1973, 9 de mayo de 1997 y 30 de septiembre de 1997). La LPL en su art. 85, fija el momento procesal oportuno para poder impugnar la cuantía (en la contestación a la demanda), aunque no lo hace de forma expresa. Según la doctrina, y de acuerdo con lo dispuesto en la D.A.1ª LPL, será de aplicación el art. 496.1 LEC: "*cuando en los juicios verbales hubiere duda sobre la cuantía litigiosa la decidirá el Juez, oyendo a las partes, en el mismo acto de la comparecencia para el juicio*". En cualquier caso, siendo el proceso laboral un proceso oral que generalmente se celebra en una audiencia, lo normal es que el Juez se pronuncie sobre la cuantía en la sentencia, pues será sólo al final del procedimiento cuando tenga todos los elementos necesarios para decidir, debiendo establecerla en los hechos probados, y además deberá advertir en la *instrucción sobre recursos* si cabe o no suplicación. En caso de que el juez hubiera cometido un error sobre la procedencia o no del recurso, queda abierta la vía del recurso de queja.
- Otro caso particular es aquel en que el demandado reconviene en el proceso y fija a su pretensión una cuantía que la parte demandante no considera ajustada a derecho, en cuyo caso podrá oponerse a dicha determinación, usando de los mismos argumentos legales que el art. 85 LPL antes citado otorga al demandado.

2.2. Sentencias contra las que en todo caso cabe recurso de suplicación

El art. 189.1, después de señalar qué sentencias son susceptibles de recurso de suplicación y cuáles no, establece las "excepciones de la excepción", es decir, aquellas sentencias contra las que siempre y en todo caso podrá interponerse suplicación. Así, los casos en los que "procederá en todo caso la suplicación" son los siguientes:

a) Procesos por despido.

Frente a la legislación anterior en la que los procesos por despido admitían dos tipos de recurso, la actual LPL, seguramente por la trascendencia del tipo de sanción, ha establecido que contra las sentencias dictadas en lo procesos por despido, siempre cabrá el recurso de suplicación. Ahora bien, determinado que en dichos procesos siempre es posible recurrir en suplicación, es preciso establecer qué casos son los que están incluidos en este ámbito.

Para un sector de la doctrina (MOLINER, MONTERO), por sentencias dictadas en "procesos por despido" hay que entender, en una interpretación restrictiva, las dictadas en procesos tramitados conforme a la modalidad procesal de los arts. 103 y ss LPL para el despido disciplinario; y ello con independencia del contenido del fallo[6], de las personas que intervienen en ellos, o de la modalidad y duración del contrato de trabajo, sin que la cuantía influya en la recurribilidad. Ello significaría que las sentencias dictadas en otros supuestos de extinción de la relación laboral, tanto si tienen prevista una modalidad procesal específica (tal es el caso del despido colectivo), como si no, quedarían excluidas de la posibilidad de recurso.

Sin embargo, otra interpretación posible, encabezada por otra parte de la doctrina y la Jurisprudencia, encaja en el despido otros supuestos en los que la extinción del contrato viene provocada por hechos u omisiones del empresario, cuyo efecto es rechazar la prestación del trabajador de forma definitiva e injustificada[7]. La STS de 26 de febrero de 1990 señala que "*la noción de despido no se identifica con la noción de despido disciplinario —mera especie de un género común—, sino que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador*", lo que no permite limitar el concepto a los casos contemplados en los apartados h), i), k) y l) del art. 49 ET, sino que

[6] Conforme al art. 108 LPL, puede calificarse el despido de procedente, improcedente o nulo, y en todos los supuestos cabe recurso de suplicación.

[7] Defienden esta postura, entre otros, BAYLOS, CRUZ, FERNÁNDEZ Y CACHÓN VILLAR.

"*cuando el empresario declara extinguido el contrato por éstas o algunas de las restantes causas previstas en el artículo citado, y el trabajador reacciona frente a esta decisión alegando la inexistencia o insuficiencia de la causa invocada, lo que en definitiva se debate es la concurrencia o no de una extinción sin causa legal, es decir, de un despido por la sola voluntad del empresario, que también se produce, como es obvio, si la relación se considera extinguida sin alegación de causa*". De esta manera, se incluye bajo la calificación de despido, tanto los casos de "despido tácito", como los incumplimientos empresariales que no tienen por qué suponer la extinción de la relación[8].

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto más arriba, serán susceptibles de recurso de suplicación por este apartado las sentencias dictadas en procesos sustanciados por la modalidad procesal de los arts. 103 y ss LPL, siempre que la causa aludida haya sido disciplinaria basada en el art. 54 ET, pero también en aquellos casos en que, sin legitimidad formal o sustantiva se acude al proceso de despido, siempre que no se apreciara la utilización fraudulenta de este procedimiento especial para acceder al recurso.

Sobre lo anterior el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 27 de julio de 1993 ha dicho que la modalidad de despido disciplinario es aplicable a todos los casos en que el trabajador reacciona contra una decisión extintiva empresarial, cualquiera que sea su causa, siempre que esté basada, con un mínimo de razonabilidad, en alguno de los números del art. 49 ET[9].

En todo caso, conviene advertir que, pese a las delimitaciones establecidas, en la práctica la mayoría de las sentencias recaídas en procesos sobre extinción del contrato podrán ser impugnadas por sobrepasar la cuantía mínima para recurrir (1.803 euros).

b) Procesos seguidos por reclamaciones, acumuladas o no, en los que la cuestión a debatir afecte a todos o un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

De acuerdo con el art. 189.1.b) LPL, cabe siempre recurso de suplicación en aquellas reclamaciones sobre cualquier materia que

[8] Cabe citar como ejemplos los de no readmisión de un trabajador tras un periodo de suspensión del contrato, la falta de ocupación efectiva sin justificación o el no llamamiento de trabajadores fijos discontinuos al iniciarse la campaña.

[9] En el mismo sentido, las SSTS de 29 de diciembre de 1992, 23 de octubre de 1993, o 23 de diciembre de 1996.

posean un criterio de generalidad notoria, por afectar a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social. Tal y como se ha expuesto por la doctrina y Jurisprudencia, la razón de esta regla se puede encontrar en los siguientes aspectos:

- se pretende evitar que queden sin recurso reclamaciones de cuantía económica poco importante en cuanto a su consideración individual, pero que pueden trascender en su dimensión al multiplicarse extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos;
- se trata, en definitiva, de evitar la proliferación de sentencias contradictorias, habiendo afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/92 de 14 de septiembre, que la concesión del recurso de suplicación aparece como necesario porque a través de él se procede a "*la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley*";
- finalmente, también el Tribunal Constitucional[10] ha señalado que la procedencia del recurso de suplicación en los casos de afectación general, además de las razones anteriores, cumple una labor preventiva, por cuanto que la actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior permite propiciar las soluciones extrajudiciales de un número elevado de conflictos a partir del establecimiento de unos criterios de interpretación de la legalidad susceptible de predicar su eficacia más allá de la que pudiera derivarse en aplicación de la relación procesal instituida.

En todo caso, el Tribunal Supremo ha afirmado que la afectación general o masiva es un hecho objetivo, y no una característica que se relaciona con la mera extensión subjetiva de la controversia, con la trascendencia de la cuestión debatida, o con el conocimiento del propio órgano judicial en los diversos grados de exigencia de un determinado número de litigios sobe la materia[11], pues no hay que olvidar que la norma jurídica es siempre susceptible de aplicación en masa.

Encuentra apoyo esta tesis, entre otras más recientes, en la STS de 13 de abril de 1994, que no aprecia afectación general en un supuesto

[10] Sentencia 79/85 de 2 de julio.

[11] Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1994, 17 de febrero de 1997 y 25 de junio de 1998.

en el que se debatía el derecho del trabajador al incremento de la prestación por desempleo por un aumento del salario mínimo interprofesional que actuaba como tope legal para su determinación, al considerar dicho Tribunal que para apreciar la afectación tendría que quedar probado el hecho de que muchos trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social estuvieran comprendidos en el hecho objeto de litigio, circunstancias que no concurrieron en los autos.

De manera sintetizada, los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para acceder a suplicación por esta vía pueden exponerse como sigue:

1. La existencia de la afectación general del asunto, que viene determinada por una operación comparativa entre el número de trabajadores o beneficiarios que efectivamente se encuentran en una situación litigiosa susceptible e merecer una solución unitaria, y el número de trabajadores o beneficiarios potencialmente comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma. Si de esta operación se concluye que la cuestión debatida en el proceso afecta a "todos o una gran número de trabajadores o beneficiarios e la seguridad Social", se habrá superado el primer estadio de la recurribilidad. La importancia o trascendencia del asunto y su naturaleza jurídica no son relevantes a la hora de determinar la accesibilidad al recurso por este cauce.
2. La acreditación de la afectación general, al tratarse de un hecho. La afectación masiva, para ser apreciada como presupuesto de la suplicación, ha de ser alegada en la instancia en las tres situaciones contempladas por la norma: ante su notoriedad, en los casos en que no se pone en duda por ninguna de las partes, y cuando sea apreciada por el litigante. En todo caso, el TS ha interpretado la regla del art. 189.1.b) en el sentido de que la afectación general ha de recibir el mismo tratamiento procesal que los hechos: si aquélla es un hecho simple, requerirá de la alegación y la prueba; si es un hecho notorio, no requerirá prueba aunque sí alegación de los datos en que pudiera fundarse dicha apreciación; y si es un hecho conforme, exigirá que se ponga de manifiesto en el pleito la aceptación[12].

Con todo, el Tribunal Supremo, en casos concretos ha mitigado el rigor de la interpretación de la norma. Cabe citar, a modo de ejemplo, su Sentencia de 10 de marzo de 1994, cuyo tenor literal dice: "*El Ministerio Fiscal en su preceptivo informe señala que frente a la*

[12] STS de 15 de abril de 1999.

Sentencia recurrida no procedía el recurso de suplicación por ser la cuantía reclamada inferior al límite que a estos efectos establece el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. La Sala no comparte esta tesis, porque, como pone de manifiesto la parte recurrida, la procedencia del recurso viene determinada por la aplicación de la regla del apartado b) del número 1 del artículo citado, a tenor de la cual procede en todo caso la suplicación cuando la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de trabajadores, en este caso personal estatutario de la Seguridad Social. ***Es cierto que la circunstancia de la afectación general no se recoge en los hechos probados y tampoco puede considerarse propiamente como un hecho notorio. Pero el precepto citado establece también que la concurrencia de esa afectación se apreciará cuando la cuestión controvertida «posea claramente un contenido de generalidad»*** *y esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que ese alcance general se pone de manifiesto por el hecho de tratarse de un problema que afecta a la totalidad de los Auxiliares de Enfermería que realizan funciones de Técnico Especialista de Laboratorio habiendo obtenido el título de la mencionada especialidad con posterioridad a la entrada en vigor de la Orden 14 junio 1984 (RCL 1984\1600 y ApNDL 6065) y la amplitud del alcance del problema se pone de relieve por el hecho que, como tal, ha sido objeto de una regulación específica en la disposición transitoria 3.ª de la mencionada Orden."*

c) En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las de desempleo, así como sobre el grado de invalidez aplicable.

Se distinguen, por tanto, dos supuestos de recurribilidad:

1. Reconocimiento de prestaciones: el fundamento de este supuesto hay que buscarlo en la trascendencia individual que tienen las cuestiones de esta naturaleza, sin tener en cuenta su valoración económica, a diferencia de los que ocurría en la anterior legislación[13].

   El recurso se concede en estos casos siempre que se trate del reconocimiento o no del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, ya que cuando el derecho está reconocido, y

[13] El art. 153.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1966, en su redacción dada por el RD-Ley de 7 de junio de 1978, admitía el recurso de suplicación "contra las sentencias dictadas como consecuencia de reclamaciones sobre prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades acogidas a la Ley de 6 de diciembre de 1941, siempre que tengan carácter de permanente o vitalicias, y que la cuantía de tales reclamaciones exceda de 100.000 pesetas".

el proceso versa sólo sobre la cuantía de la prestación o cualquier otra circunstancia o extremo, habrá que estar a las reglas generales sobre admisibilidad de los recursos de suplicación, sobre todo al criterio de la cuantía o al de afectación general.

Por lo demás, hay que hacer dos precisiones:

- El recurso procederá tanto en el caso en que es el beneficiario quien solicita el reconocimiento del derecho, con independencia el resultado positivo o negativo del fallo, como en aquéllos otros en que la entidad gestora intenta dejar sin efecto un derecho previamente reconocido por las vías el art. 145 LPL.
- Cuando se hace referencia a las "prestaciones de Seguridad Social", hay que entender incluidas tanto las prestaciones de carácter mínimo y obligatorio previstas en el art. 38 de la Ley General de la Seguridad Social, como las mejoras voluntarias del art. 39 del mismo cuerpo legal.

2. Grado de invalidez aplicable: el art. 137 LGSS establece cuatro grados de incapacidad permanente: Parcial, Total, Absoluta, y Gran Invalidez. Cada grado previsto en la Ley se corresponde con una disminución de la capacidad laboral del trabajador de mayor intensidad, que obliga a que el legislador establezca prestaciones económicas diferentes. El problema fundamental en relación con este supuesto es determinar si todos los grados corresponden a una contingencia —la de incapacidad, con distintas valoraciones—, o si se trata de contingencias distintas. La distinción tiene importancia a efectos del recurso de suplicación, porque si cada grado supone una contingencia distinta, la negación o reconocimiento de la misma dará lugar al recurso, mientras que si optamos por la solución contraria, habrá que estar al criterio de la cuantía para determinar si la sentencia es recurrible en suplicación. En la actualidad, la LPL, al hacer referencia al *"grado de invalidez"*, está manteniendo que cada uno de ellos constituye una contingencia propia e individualizada, con lo que la negación o reconocimiento de los mismos dará derecho a recurso con independencia del valor de la prestación.

   Como casos concretos, cabe citar:

   - Los supuestos de incremento de pensión no contributiva por gran invalidez, en los que, aún tratándose de un problema de cuantía, comoquiera que también se encuentran en juego otras consideraciones sobre los requisitos para acceder a la pretensión, el TS entiende que también debe ser incluido dentro de este apartado[14].

[14] STS de 20 de junio de 1996.

- También habrá de considerar incluidas las sentencias recaídas en procesos sobre revisión del grado de invalidez, ya que la LPL no distingue sobre si se trata del reconocimiento originario o posterior a tal circunstancia.
- Finalmente, como caso excepcional que sí admite recurso, hay que hacer referencia a las sentencias que reconozcan o denieguen el incremento por dificultades de empleo de la pensión de incapacidad permanente total que tiene reconocida el beneficiario, sobre todo si la cuantía es inferior a 1.803 euros[15].

d) Sentencias distadas por reclamaciones que tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión.

Se trata éste de un supuesto de recurribilidad que se ha mantenido en los distintos textos legales de procedimiento laboral[16]. En realidad, lo que hace el legislador a través de este motivo es establecer que, cuando el motivo del recurso de suplicación que la parte va a alegar sea el establecido en el art. 191.a) LPL *("reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión")*, cualquier sentencia podrá ser recurrible, lo que supone que las cuestiones inherentes a este supuesto son las mismas que se plantean por dicho motivo.

Ahora bien, si todas las sentencias son potencialmente recurribles a través de este motivo, esto no significa que la Ley no haya establecido unas condiciones para que el recurso sea admitido, ya que el art. 189 exige que:

- se trate de una *falta esencial del procedimiento*, puesto que cualquier defecto de forma no tiene acceso al recurso de suplicación;
- o bien, que se trate de la omisión del intento de conciliación obligatoria previa previsto en los arts. 63 y ss LPL;
- que, además de lo anterior, la parte haya formulado la protesta sobre la infracción cometida en tiempo y forma;
- y, finalmente, que la infracción de que se trate haya producido indefensión, siendo precisamente esta circunstancia la que justifica la procedencia del recuso en todo caso.

[15] STS de 22 de mayo de 1995.

[16] La Ley de 22 de diciembre de 1949 incluía como única excepción el que las resoluciones serían recurribles cuando tuvieran por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento. Ésta se ha mantenido hasta la actual LPL.

e) Sentencias que decidan sobre la competencia del Juzgado por razón de la materia o del lugar.

La dicción literal del precepto permite interponer la suplicación contra *"las sentencias que decidan la competencia del Juzgado por razón de la materia. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre la competencia.*

Las sentencias que decidan sobre la competencia por razón del lugar sólo serán recurribles en suplicación si la reclamación debatida estuviera comprendida dentro de los límites de este artículo".

Como la LPL separa en párrafos las dos cuestiones, conviene distinguir:

1. Competencia por razón de la materia: este criterio ha sufrido un cambio respecto a la legislación anterior. Así, en la LPL de 1980 se distinguía entre resoluciones de las Magistraturas de Trabajo susceptibles de casación o de suplicación. En la actualidad, dada la generalización del recurso de casación para unificación de doctrina, ya no se hace dicha distinción. Contra este tipo de sentencias cabrá suplicación, con independencia de la cuantía o del asunto.

   Por competencia por razón de la materia cabe entender:
   - la extensión de la jurisdicción española a la materia soporte de la pretensión
   - la competencia genérica o por órdenes
   - la competencia objetiva

   Según sea la naturaleza del asunto, la sentencia se limitará o no a resolver exclusivamente sobre el tema de la competencia:

   (a) Si el Juzgado de lo social se estimó competente y resolvió el fondo del asunto, el Tribunal Superior de Justicia, al resolver la suplicación podrá:
   - confirmar la competencia y, si se hubiera planteado otra cuestión susceptible de suplicación según el art. 189 LPL, entrar en el fondo del asunto.
   - declarar la incompetencia, anulando la sentencia y declarando el derecho de la parte a dirigirse a los órganos jurisdiccionales competentes.

   (b) Si el Juzgado de lo Social se declaró incompetente, el TSJ podrá:
   - confirmar la sentencia de instancia, con lo que la parte podrá dirigirse a lo órganos competentes a ejercitar su pretensión.

- declarar la competencia del orden social, anulando la sentencia y devolviendo las actuaciones al Juzgado de procedencia a fin de que entre a conocer del fondo del asunto.

2. Competencia por razón del lugar: según un sector de la doctrina[17], nos encontramos ante una disposición innecesaria que se ha mantenido por inercia legislativa.
El precepto se limita a establecer que, en estos casos, sólo cabrá suplicación si la misma cabe por los demás motivos del art. 189 LPL, por lo que no presenta ninguna especialidad. Únicamente afirmar que de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia por razón de la materia puede sustanciarse:
- por declinatoria, que será resuelta en la propia sentencia, antes de entrar sobre el fondo del asunto, siendo esta sentencia recurrible de conformidad con las reglas generales del art. 189 LPL que cenismo analizando
- por inhibitoria, según lo dispuesto en los arts. 13 y 14 LPL, la cuestión será resuelta por el inmediato superior común —TSJ o TS—, problema que no tiene relación con el tema de lo recursos.

f) Sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos y tutela de la libertad sindical, y demás derechos fundamentales y libertades públicas.

Antes de analizar cada uno de los supuestos, es preciso señalar que en todos estos casos, para la procedencia de la suplicación se requiere que la sentencia se haya dictado siguiendo alguna de las modalidades procesales que, en los arts. 151 y ss LPL, se establecen para estas materias.

1. Conflictos colectivos: se trata de un proceso urgente, que goza de preferencia en su tramitación frente a otros asuntos, con excepción de los procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La anterior LPL sí preveía un recurso especial para sentencias dictadas en este tipo de procedimientos; no así en la actual LPL, en la que rigen las reglas generales.
2. Impugnación de convenios colectivos: se aplican las mismas reglas que en el supuesto anterior, siendo la sentencia inmediatamente ejecutiva desde que se dicte, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en suplicación.
3. Impugnación de estatutos de los sindicatos: se contemplan dos modalidades procesales distintas, ambas susceptibles de suplicación:

[17] MONTERO y MOLINER.

- la impugnación de la resolución administrativa que deniega el depósito de los estatutos presentados para su publicidad, y que no es propiamente una impugnación de los estatutos, y
- la impugnación de los estatutos de los sindicatos propiamente dicha.

4. Tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales: el objeto de este procedimiento, de conformidad con el art. 176 LPL, queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical que se alegue, siempre que sea de los atribuidos al orden jurisdiccional social, es decir, que las pretensiones sean deducidas por trabajadores por cuenta ajena o sus representantes. Lo mismo será de aplicación respecto a lesiones de los demás derechos fundamentales de la Constitución, incluida la no discriminación.

Cabe plantearse una duda respecto a lo establecido en el art. 182 LPL: *"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente."*

Según la dicción de este precepto, si la alegación de lesión del derecho fundamental se hace en un proceso de vacaciones, por ejemplo, no cabría recurso de suplicación pues, como ya hemos señalado, los procesos de vacaciones no son susceptibles el mismo por aplicación de lo dispuesto en el art. 189.1 LPL. Ello no obstante, cabe afirmar siguiendo a la doctrina mayoritaria que, por lo menos en lo referente al derecho fundamental alegado, debe proceder el recurso, pues así lo ordena el apartado f) del art. 189 LPL.

g) Recurribilidad de los autos.

La LPL dedica cuatro números del art. 189[18] a regular esta cuestión, disponiendo que cabe recurso de suplicación contra:

[18] Con fecha de 5 de mayo de 2009 entrará en vigor la reforma de las leyes procesales llevada a cabo por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de implantación de la nueva oficina judicial, en virtud de la cual se introduce en el artículo 189.2 la siguiente redacción:

2. Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social y el recurso de revisión interpuesto contra los decretos del Secretario Judicial, siempre que la Sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la Sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

1. Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.
2. Los autos que declaren no haber lugar al requerimiento de inhibición, respecto de asunto que, según lo prevenido en el art. 189, hubiere podido ser recurrido en suplicación.
3. Los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el Juez, acto seguido de la presentación de la demanda, se declare incompetente por razón de la materia.
4. Los autos y sentencias que se dicten por los juzgados de lo mercantil en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral (apartado éste último añadido por la Ley Concursal de 9 de julio de 2003).

En casos distintos de los anteriores, no cabrá más recurso que el de reposición. En todo caso, el recurso de suplicación alcanza sólo a los autos, no a las providencias, salvo, como establece la STS 21 enero 1999, *"en los supuestos en que hubiera de dictarse un auto (y) se dictara en realidad una providencia, puesto que es el contenido material de la resolución y no su forma la que se halla en la base de aquella previsión legislativa"*, y siempre, claro está, "que la sentencia ejecutoria fuera susceptible de recurso".

Entrando ya en el análisis de cada uno de los puestos, cabe distinguir:

1. Autos que deciden el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia se dicten: en este caso, el art. 189.2 exige dos requisitos para acceder a suplicación:

(A) El primero consiste en que la sentencia ejecutoria o título ejecutivo hubiere sido recurrible en suplicación, es decir, que la ejecución se refiera a un proceso que no tenga vedada la ejecución. Así, por ejemplo, lo establecen las SSTS de 28 de mayo de 1996 y 12 de noviembre de 1997 en relación al proceso de clasificación profesional, inadmitiendo el recurso. Sin embargo, un sector doctrinal mantiene la conveniencia de permitir el acceso al recurso de los autos dictados en procesos sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por la trascendencia de la cuestión[19].

[19] E. BORRAJO DACRUZ.

En relación con la cuestión de si la ejecución ha de serlo de la sentencia o de cualquier título ejecutivo, se han mantenido ambas tesis por los órganos judiciales: la que mantiene que sólo frente a los autos ejecutivos de sentencias cabe admitir suplicación[20], o la que entiende que basta con que sea un título ejecutivo, no necesariamente sentencia. El debate ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 1996, optando por esta última tesis. En base a lo anterior, se ha admitido que sean susceptibles de suplicación los autos dictados en ejecución de las conciliaciones judiciales (STS de 27 de diciembre de 1988) y los laudos arbitrales firmes (STS de 28 de enero de 1998). No así las resoluciones dictadas en ejecución provisional de sentencias no firmes, en los que se inadmite el recurso (STS de 24 de julio de 1999).

(B) El segundo requisito para la recurribilidad de los autos es, según el art. 189.2, que el auto dictado en ejecución resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito principal, ni decididos en la sentencia que se ejecuta, o bien que el auto contradiga lo ejecutoriado, o lo que es lo mismo, si se ejecuta cosa diferente del contenido del título ejecutivo.

En este punto, el TS ha realizado una interpretación restrictiva, negando el recurso frente a resoluciones ejecutivas *"a no ser que éstas contradijeran frontalmente el sentido de la sentencia ejecutoria"* (STS de 21 de enero de 1999), lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que esta extraordinaria reducción del ámbito del precepto ha venido a suponer que, salvo casos excepcionales, el recurso sólo quepa en los supuestos de contradicción de lo ejecutoriado[21]. Y así, se estima por los Tribunales que contradice el título ejecutorio el auto que no se adopta conforme a los propios términos del mismo (Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 1998), por ejemplo, cuando se acuerda la afectación depósito del recurso al pago de las diferencias retributivas que el ejecutante alegaba no le habían satisfecho, y nada e acuerda sobre ellas en sentencia firme (STS de 1 de junio de 1999).

Como caso particular, podemos señalar el que se refiere a los honorarios de los letrados que hayan intervenido en el proceso. En este supuesto, es unánime la opinión mantenida por los distintos Tribunales de considerar irrecurribles los autos de tasación de costas, al entender que no es uno de los supuestos contemplados en el art. 189, en el que no puede existir contradicción con lo ejecutoriado, ya que la cuestión resuelta sólo afecta a los derechos económicos de un

[20] Así, el TSJ de Madrid, en su sentencia de 17 de febrero de 1999.
[21] ALBIOL, ALFONSO, BLASCO, GOERLICH.

profesional del Derecho y a su retribución, siendo ello accesorio respecto del fondo del litigio[22].

2. Autos que declaren no haber lugar al requerimiento de inhibición, respecto de asuntos que hubieran sido recurribles en suplicación: no existe una postura clara ni por parte de la doctrina ni de los Tribunales en cuanto a la exigencia de recurso de reposición como requisito procesal previo para la interposición de la suplicación frene a tales autos; sin embargo, sí la hay respecto al requisito de que los autos e inhibición deriven de procesos que pueden acceder al recurso de suplicación, de conformidad con el art. 189.1 LPL.

3. Finalizando el precepto, en cuanto a los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el Juez, acto seguido de la presentación de la demanda, se declara incompetente por razón de la materia, cabe citar la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 1998, que rechaza la nulidad de lo actuado en el proceso, aún cuando aprecia que la suplicación se planteó directamente contra el Auto dictado en trámite de ejecución, sin que se hubiera recurrido en reposición, por estimar que para adoptar tal decisión *"ha de concurrir indefensión paras las partes o el acto producido no reúna los requisitos suficientes para alcanzar su fin"*.

3. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN

3.1. Introducción

Los ordenamientos jurídicos exigen, como elemento que debe concurrir en todo recurso, hacer referencia al gravamen, es decir, al perjuicio que sufre la parte vencida en juicio, requisito necesario para poder recurrir una resolución.

Sin embargo, además exigen, para concretos medios de impugnación otros presupuestos o requisitos adicionales, como los motivos que precisan y delimitan el campo de la discusión y del juicio en grado de impugnación.

Trasladadas esas premisas al ordenamiento jurídico español, las soluciones que se han adoptado por el legislador son diferentes dependiendo del Orden Jurisdiccional donde nos encontremos. Así, en el Orden Jurisdiccional Social tanto el recurso de suplicación como

[22] SSTS de 14 de febrero de 1999, 24 de abril de 1996, 14 de noviembre de 1996.

el de casación (ordinaria y para la unificación de doctrina) se exige la indicación del gravamen y de la fundamentación a través de los mecanismos determinados en la Ley.

Desde que la Ley de 22 de diciembre de 1949 configuró las tres vías del recurso de suplicación no se han producido alteraciones en ellas, salvo algunas pequeñas correcciones terminológicas. La Ley de Procedimiento Laboral de 1990, en su artículo 190 (el artículo 191 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral no modifica nada) reordena las vías y modifica su texto, ajustándose a la normativa vigente y a la jurisprudencia que ha interpretado dicho precepto. Por lo tanto, se mantienen los tres motivos, pero se le da orden adecuado que debe seguirse para interponer el recurso de suplicación.

El contenido de los motivos de suplicación es consecuencia directa del carácter extraordinario de dicho recurso; dado lo cual el órgano judicial sólo podrá apreciar esta vía de impugnación si concurren alguno o varios de tales motivos. De esta limitación del órgano judicial competente para resolver el recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia, se concluye que ante el mismo no se procede a reproducir el proceso celebrado previamente ante el Juzgado de lo Social, como si de una segunda instancia se tratare, sino a revisar la Sentencia dictada conforme al artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El objeto del recurso de suplicación lo constituye la parte dispositiva de la resolución que el recurrente reputa no ajustada a derecho. En este sentido, el hecho de que la suplicación tenga un carácter extraordinario supone, en uno de sus aspectos, que no todas las resoluciones sean susceptibles de recurso de suplicación, sino sólo aquellas que delimita la ley, en este caso el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El recurrente al interponer el recurso se encuentra sometido a la necesidad de amparar las distintas tesis impugnativas, sus argumentaciones, a través de una de las tres vías fijadas en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Esto significa que cada argumentación que alegue el recurrente, respecto a las posibles infracciones cometidas en el fallo de la sentencia recurrida, debe acogerse a alguno de los concretos apartados de dicho artículo, pues en caso contrario no será admitida.

El recurso de suplicación constituye una fase crítica de la instancia, siempre dentro de los límites fijados por la ley y por lo dispuesto por la parte recurrente. Este medio de impugnación surte tanto efecto devolutivo (que lleva la competencia al órgano superior) como efecto suspensivo (artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si bien, esto no quita que sea posible en determinados casos la ejecución

provisional como se desprende de los artículos 287 a 303 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Dicha finalidad crítica o revisora lo es, tanto de determinados hechos como del derecho material y procesal de aplicación o aplicado, o bien indebidamente aplicado, en la instancia. Supone esto que en el recurso de suplicación se puede resolver sobre los aspectos fácticos de la fase de instancia, bien porque la motivación de los mismos haya sido descuidada en la resolución que se recurre, bien porque determinados hechos hayan sido erróneamente tratados, e incluso en algunos casos excepcionales se permite que se introduzcan documentos o escritos con elementos de juicio. Asimismo, es misión de dicho recurso el análisis de la parte jurídica de la resolución, tanto las normas procesales como las sustantivas que hayan sido aplicadas al caso por el juzgador de instancia.

De lo anteriormente mencionado, se desprende que no todo lo realizado en la instancia es objeto de control, ya que existen determinados aspectos de la misma que se escapan al control de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, y ello porque como ya se ha anticipado, la parte recurrente debe enmarcar sus motivos dentro de una de las tres vía previstas en el artículo 191 de la ley de Procedimiento Laboral.

En esta misma línea, resulta necesario mencionar que determinados recursos de suplicación, como los relativos a la competencia material (artículo 189.1e y 189.3.4) y a ejecución de sentencia (artículo 189.2) presentan especialidades respecto a su contenido. Así, respecto a la sentencia que resuelva sobre la competencia material, funcional o territorial, salvo que el juez de instancia haya entrado en el fondo del asunto y no se aprecie la incompetencia del Tribunal Superior de Justicia, el único motivo de recurso es el relativo a la incompetencia del órgano juzgador, como sucede con el recurso frente a los autos que declaran no haber lugar al requerimiento de inhibición. Por su parte, en cuanto al auto ejecutivo —salvo que resuelva un incidente declarativo— tanto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1995 de 20 julio como el Tribunal Supremo en la de 24 de abril de 1996 se pronuncian advirtiendo de "sus propios y específicos motivos de fundamentación".

Vista ya una panorámica general sobre los motivos del recurso de suplicación se debe concretar a través de la mención explícita de la regulación de los mismos en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Así:

"*Art.191. El recurso de suplicación tendrá por objeto:*

a) *Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan sufrido indefensión,*

b) *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.*

c) *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.*"

3.2. Primer motivo: reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión

3.2.1. La infracción de normas procesales

Como se acaba de anticipar, el primer motivo del recurso de suplicación tiene como finalidad reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión. Esta alusión a las infracciones procedimentales es a lo que en vía de casación el legislador refiere como quebrantamiento de forma (artículo 205 a, b y c).

Esta similitud supone que al igual que sucede para la apreciación de este motivo en dicha vía, los tribunales exigen que concurran en suplicación cuatro circunstancias:

a) Que se invoque por el recurrente la norma que se estime violada.
b) Que se hay infringido la referida norma procesal.
c) Que se haya originado indefensión de la parte denunciante del defecto procesal.
d) Que se haya formulado oportunamente protesta por la infracción.

Como consideración general hay que indicar que la norma infringida ha de ser una norma procesal, tanto reguladora de la sentencia (artículos 97 a 101 de la LPL), como de actos y garantía procesales, sin encontrarse entre ellas las relativas a la exigencia de los requisitos legales para recurrir, como son las que prevén la admisión del anuncio del recurso de suplicación, pues su curso de impugnación es el recurso de queja.

En todo caso, para que la petición de nulidad prospere no es suficiente con la acreditación del Tribunal Superior de Justicia de la violación de la norma procesal de fondo ya que:

- ha de apreciarse dicha violación a instancia de parte, salvo que se trate de una infracción en materia de orden público.

- el recurrente debe indicar de forma concisa el precepto infringido,
- se debe constar la protesta exigida, si bien este requisito se presume cumplido mediante la interposición, en el supuesto que sea admisible, del recurso de reposición,
- la violación ha de causar indefensión. Sin embargo, la indefensión no nace de la infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues la prohibición de indefensión tiene un carácter material más que formal. Así, no se entiende producida, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 noviembre de 1990, cuando "pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar."

Adentrándonos en el examen de este primer motivo, hay que destacar que en la sentencia se distingue entre el acto (la declaración) y su contenido (el juicio, la decisión). Se entiende que un acto es inválido cuando se produce un vicio en la actividad del juez, denominándose generalmente *"error in procedendo"*, mientras que cuando se produce un error en el contenido nos encontramos ante un *"error in iudicando"*. En cuanto al primero, LIEBMAN define los errores en el procedimiento como aquellos en que incurre el juez al cumplir las actividades de su oficio, ya sea en el curso del procedimiento, ya sea en la formación de la sentencia, cuando no observe las normas que regulan las formas y modalidades de su actuación.

Conceptualmente, la regulación del quebrantamiento de forma en el artículo 191 de la LPL no se ha fijado de forma cerrada enumerando las posibles infracciones que dan lugar al recurso, sino que acogiéndose a la vía genérica ha mantenido el sistema tradicional aunque con adiciones importantes, ya que se exige que las infracciones produzcan indefensión debido a la infracción de normas o a la infracción de garantías.

Por ello, si se compara el artículo 191 a) de la LPL con los artículos 238 y 240 de la LOPJ se concluye que dicha vía es idónea para hacer valer los motivos de nulidad previstos en dicho cuerpo legal. Así:

"Art. 238. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4. Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.

6. En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan."

De lo dicho se desprende que el recurso de suplicación es medio para manifestar tanto la nulidad de pleno derecho como la anulabilidad así como que todos los supuestos previstos en la LOPJ son subsumibles en el apartado a del artículo 191 de la LPL. Sin embargo, no siempre que se comete una infracción en las normas procesales se produce un "error in procedendo", pues también se puede generar un "error in iudicando" cuando afecte a la pura actividad enjuiciadora, como las infracciones de las normas relativas a la prueba legal o de las distribuciones de la carga de la prueba. Estas infracciones que no se encuadran en el art. 191.a) pero que inciden plenamente en realizar el juicio jurisdiccional, deben encuadrarse en el apartado c) del mencionado artículo 191 LPL.

3.2.2. Requisitos que deben concurrir para la estimación del recurso

El artículo 194 de la ley de Procedimiento Laboral exige para la interposición del recurso de suplicación una determinación concreta de los motivos, ya que, si bien se puede producir una equivocación en la vía utilizable, lo que no puede sufrirse es una falta de determinación y precisión en los concretos motivos esgrimidos en el recurso.

Para que esta concreción surta efectos y pueda estimarse el recurso de suplicación por el primer motivo se requiere que se haya producido infracción de las normas o garantías del procedimiento y que se haya producido indefensión. El Tribunal Constitucional y el resto de tribunales han ido puliendo ambos requisitos llegando a la conclusión que ambos se pueden condensar en el último, ya que como posteriormente se analizará, uno de los elementos del "juicio de indefensión" es la posible infracción de las normas o garantías del procedimiento.

En primer lugar, la infracción en la aplicación de una norma procesal puede englobar una norma del procedimiento o una garantía del mismo. Esta distinción es importante, por cuanto anteriormente el artículo 152.3ª de la LPL de 1980 únicamente hacía referencia a la infracción de *"normas esenciales del procedimiento"*. Por tanto, ha de tratarse de la infracción de una norma procesal, ya que la infracción

de normas materiales ha de alegarse por la vía de la letra c) del mismo artículo 191.

Como señala MONTERO, la obligación del recurrente de indicar la norma procesal concreta cuya infracción se denunciaba era difícil de cumplir conforme a las leyes de procedimiento laboral anteriores, ya que no era sencillo citar la norma procesal concreta de la LPL o de la LEC (por remisión) infringida, sobre todo cuando lo vulnerado eran los principios procesales básicos. Sin embargo, este problema ha sido actualmente solucionado puesto que el propio artículo 191.a) de la LPL hace referencia expresa a "normas o garantías del procedimiento" con lo que, aparte de normas procesales concretas, se podrán citar como infringidos principios procesales básicos, ya sea los recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución, o principios técnicos procesales como el litisconsorcio necesario. Todo ello, siempre que el resultado de la infracción o violación traiga como consecuencia la limitación o vulneración del derecho de defensa.

En cuanto a esta exigencia de la determinación de los motivos de suplicación, se ha expresado la jurisprudencia a favor de la Comunidad de Madrid en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de enero de 2009, en la que desestima el recurso de suplicación interpuesto de contrario por la falta de precisión y claridad del recurrente en los motivos de su suplicación al no precisar la forma en que la mencionada infracción normativa conduce a la cantidad reclamada. De dicha Sentencia se concluye que en todo recurso de suplicación, de acuerdo con el artículo 194.2 de la LPL, junto a la cita de los preceptos o de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas, la parte recurrente debe razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos.

En segundo lugar, el actual apartado a) del artículo 191 de la LPL exige, para que prospere el recurso de suplicación por esta vía, no sólo la infracción de las normas o garantías del procedimiento (condición necesaria, pero no suficiente), sino que la infracción de éstas hayan producido indefensión.

Siguiendo a la doctrina, diremos que el juicio de indefensión es el conjunto de reglas, en su inmensa mayoría explicitadas en la jurisprudencia, que son necesarias apreciar para determinar si existe o no indefensión. Dicho juicio se compone de seis elementos:

a) Infracción de una norma procesal.
b) Privación o limitación de los medios de defensa; es decir, la privación de las facultades de realizar alegaciones o proponer y practicar pruebas.

c) La falta de imputabilidad al justiciable.
d) El carecer definitivo y la falta de subsanación; es decir, que la privación o limitación de defensa no haya quedado ulteriormente satisfecha.
e) La carga de especificar la defensa vulnerada; quien alegue la indefensión deberá especificar de qué contenido habría dotado esos trámites de alegación y/o prueba.
f) El juicio de incidencia; la privación o limitación de las posibilidades de defensa sólo produce indefensión si se ha acreditado un perjuicio al recurrente.

3.2.3. El artículo 191.a) de la LPL en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid

Una vez analizados los dos requisitos esenciales que deben constituir todo recurso de suplicación al amparo del artículo 191.a) de la Ley Procedimiento Laboral, nos adentramos en la reciente jurisprudencia que incide en el ámbito de la Comunidad de Madrid en esta cuestión.

Dentro de la posible indefensión nos encontramos con el supuesto de falta de motivación, que puede darse tanto en la esfera del procedimiento o acto objeto de la litis o en la esfera de la sentencia de instancia.

En cuanto a la falta de motivación del acto impugnado, destaca la Sentencia del Juzgado de los Social nº 26 de Madrid de 29 de enero de 2008 en la que ante la pretensión de la parte actora de la nulidad de una resolución denegatoria de prestación asistencial al no considerarse motivada, el Juzgador de instancia absuelve al Servicio Regional de Empleo de la CAM ya que en todas las fases del expediente existieron informes. Por lo tanto, conforme a dicha Sentencia no se produce indefensión al estar motivada la resolución denegatoria de la prestación y la resolución que resuelve la reclamación previa y constar en el expediente ambos informes desfavorables del Servicio Regional de Empleo de la Comunidad de Madrid, que es el órgano competente para el preceptivo informe sobre la viabilidad del proyecto.

Por su parte, sobre la indefensión que puede generar la no motivación de la Sentencia de instancia es relevante la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 abril de 2008. En ella se estima el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid procediéndose a anular la sentencia de instancia con reposición de lo actuado al trámite inmediato anterior por la insuficiente argumentación de la misma infringiendo el artículo 218.2 LEC, en orden a la necesidad de

motivar la sentencia, tanto en el establecimiento de los hechos, como en la aplicación del Derecho, pues no se precisan y se detallan adecuadamente, en este caso *"las cantidades devengadas en concepto de antigüedad, ni las que se debieran haber percibido en aplicación del artículo 37 del texto colectivo, ni por último, las que en función de la jornada realizada les deberían ser reconocidos a la demandante, tanto en el aspecto fáctico como jurídico"*. En este caso concreto, también ayuda la parte recurrente a la indefensión en cuanto a la no motivación ya que como continua diciendo la misma sentencia *"Tampoco la parte demandante, que no impugna el recurso de la otra parte, aporta luz alguna sobre ello, pues, y en su recurso, se limita a reproducir lo alegado en el escrito de demanda, con la reiteración de las cantidades inicialmente reclamadas, y la invocación, exclusivamente, del artículo 37 del texto colectivo."*

Un supuesto más de indefensión que puede llevar a la nulidad de la Sentencia de Instancia es la que afecta al derecho a la asistencia letrada. En este sentido, se destacan dos supuestos:

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2005. En ella se estima el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid al haberse infringido el artículo 60.3 de la LPL al no haber sido citada ésta en el despacho oficial de su letrado representante, tal y como establece la norma, al tratarse la demandada de una Comunidad Autónoma.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2004, en la que se declara la nulidad de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones por haber obligado al actor a defenderse sólo ante la inasistencia de su letrado. La fundamentación deriva en que quien alegue indefensión como consecuencia de la vulneración del derecho a la asistencia de letrado, no ha de haber provocado dicha situación con su falta de diligencia, así como que dicha indefensión debe ser real y efectiva, de forma que la situación de indefensión generada por la falte de defensa técnica no sea consecuencia directa del proceder de la parte y además la autodefensa del litigante debe haberse revelado como insuficiente y perjudicial para el mismo, imponiéndole articular una protección adecuada de sus derechos e intereses legítimos.

Por último, cabe destacar la indefensión creada a través de la congruencia preprocesal y procesal propiamente dicha. En este

sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2008 señala que la congruencia entre la fase preprocesal (con la exigencia de interposición de reclamación previa a la vía judicial) y la procesal propiamente dicha, para respetar el principio de igualdad de partes en el proceso, impone a ambos litigantes la carga de no introducir en el proceso variaciones sustanciales acerca de lo que antes había sido objeto, respectivamente, de ataque y de defensa, de tal manera que el actor no podrá, en sede judicial, pedir más cosa o cosa distinta de lo postulado en vía administrativa, y la demandada tampoco podrá oponerse a más de lo que, en su caso, hubiera resistido con anterioridad, ni tampoco podrá alegar hechos o aducir motivos de oposición diferentes de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional matiza esta postura con la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 15/1990, de fecha 1 de febrero de 1990, según la cual la congruencia no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso.

2.3. Segundo motivo: revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas

El segundo motivo de recurso de suplicación está relacionado con los hechos recogidos en sentencia, proponiendo el recurrente en la impugnación la revisión de los mismos.

La regulación legal de la revisión fáctica suplicacional, caracterizada por su parquedad y por establecer unas exigencias limitadas, no dice casi nada acerca de lo que realmente es esta institución. El artículo 191.b) de la LPL es ciertamente conciso, limitándose a declarar que uno de los objetos de este recurso es el de revisar los hechos probados *"a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"*. Este precepto se limita a indicar que las únicas pruebas válidas para sustentarla son la documental y la pericial. Y el artículo 194.2 y 3. de la LPL únicamente exige, en lo que aquí interesa, que en el escrito de interposición del recurso se expresen con suficiente precisión y claridad los motivos en los que se ampara, razonando su pertinencia y fundamentación y señalando de manera

suficiente para que sean identificados los documentos o pericias en que se base el motivo de revisión de los hechos. No hay ningún otro precepto legal que se ocupe de los requisitos de la revisión suplicacional.

Por tanto, la LPL no impone unos requisitos estrictos en esta materia. No obstante, sobre la base de estos preceptos la doctrina de suplicación exige una pluralidad de requisitos para el éxito de los motivos dirigidos a la revisión fáctica. Contrasta la escasa regulación legal con estos numerosos requisitos, la mayoría de los cuales tienen un origen jurisprudencial y son el resultado de un proceso de decantación histórica proveniente, en parte, de la casación.

Partiendo de lo anterior, con carácter general, el Tribunal Constitucional, suministra unos requisitos que deben tenerse en cuenta al examinar cada uno de los requisitos:

- Lo relevante no es la forma o técnica del escrito de interposición del recurso sino su contenido, debiendo exponer con precisión los hechos o razonamientos que considera erróneos y los que deben tenerse por correctos. En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/1993 de 18 enero; 294/1993 de 18 octubre; 163/1999 de 27 septiembre y 230/2000 de 2 octubre.
- Debe efectuarse una interpretación finalista de las normas reguladoras del recurso de suplicación, evitando rechazar el examen de una pretensión por defectos formales o técnicos cuando el escrito de interposición del recurso suministra datos suficientes para conocer realmente la argumentación de la parte, que debiera ser analizada para su estimación o desestimación por motivos materiales. Como consecuencia de lo anterior, cuando el contenido del escrito de interposición del recurso de suplicación es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión del recurrente y de la argumentación que la sustenta, la decisión de desestimar el recurso sin entrar a conocer de los motivos puede vulnerar el artículo 24.1 CE al estar basada en un error material o ser arbitraria, por cuanto prescinde de los datos aportados en dicho escrito. En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/1993 de 15 febrero; 135/1998 de 26 junio; 163/1999 de 27 septiembre y 230/2000 de 2 octubre.
- Las normas que contienen los requisitos procesales han de ser aplicadas teniendo en cuenta el fin pretendido por la ley al establecer dichos requisitos. En esa tarea, los tribunales deben evitar cualquier exceso formalista que convierta los cauces

procesales en obstáculos que, en sí mismo, impidan prestar una tutela judicial efectiva[23].

Seguidamente, es necesario sistematizar los requisitos de la revisión fáctica suplicacional exigidos por los Tribunales Superiores de Justicia[24]. Todos ellos giran en torno a los elementos esenciales siguientes: el hecho probado impugnado, la prueba documental o pericial en que se funda la revisión, el error probatorio de instancia y la trascendencia del error.

Los requisitos relativos al hecho probado impugnado son:

- Indicar, con precisión y claridad, el hecho que debe ser revisado; precisar el sentido de la revisión (adicionar, suprimir o modificar el hecho) y, en su caso, ofrecer el texto alternativo.
- La revisión afecta a los hechos probados materiales, no a los formales.
- No cabe sustituir los conceptos jurídicos incluidos en los hechos probados por otras valoraciones jurídicas.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2008 hace unas precisiones en orden a la revisión de los hechos probados en cuanto a los requisitos que se exigen para que se puedan modificar, bien sustituyendo alguno de los consignados en el relato fáctico, ya ampliándolo o introduciendo requisitos nuevos. Según ésta, es necesario que la parte proponga el texto que quiera introducir, así como identificar el que quiere modificar de la sentencia recurrida, con cita de los documentos de los que se quiere obtener esos hechos de una forma clara y evidente y sin necesidad de conjeturas de la prueba documental invocada, lo que implica que se debe indicar que documento o pericia es el que recoge cada hecho.

En segundo lugar, los requisitos exigidos por los Tribunales Superiores de Justicia relativos a la prueba documental y pericial son:

- No es admisible invocar prueba que no sea documental ni pericial

[23] Sentencias del TC 17/1985; 85/1987; 157/1989; 64/1992 y 255/1993 de 20 julio.

[24] Un supuesto distinto lo constituyen los recursos de suplicación interpuestos ante los Juzgados de lo Mercantil. Ha defendido una interpretación antiformalista de las revisiones fácticas en estos recursos, negando incluso que se tenga que estructurar un motivo singular con esta finalidad, DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M: "El recurso de suplicación ".

- No cabe pretender una revisión que no se sustente en medios de prueba.
- No basta alegar la ausencia de prueba.
- El dictamen pericial debe estar emitido o ratificado en juicio.
- No puede pretenderse una valoración total de las pruebas.
- No cabe una cita genérica e indiscriminada de una pluralidad de pruebas documentales o periciales.

En cuanto a la prueba documental o pericial en que se funda la revisión es la misma Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2008 la que menciona que *"la idoneidad documental o pericial también tiene que reunir determinadas condiciones, como la de que deben ser documentos que no hayan servido al juez para configurar su relato fáctico, que no resulten contradichos por otros que éste haya tomado a tal fin, debiendo evidenciarse de los mismos el error evidente en que haya podido incurrir el juzgador al valorar la prueba"*.

A ella se une la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2008, que desestima el recurso de suplicación interpuesto de contrario confirmando la de instancia en la que se absuelve a la Comunidad de Madrid en base a que se otorga mayor veracidad y eficacia probatoria, en el ámbito de la determinación del grado de minusvalía, al dictamen técnico facultativo que a los informes mencionados por la parte recurrente.

Según esta sentencia, para que proceda la modificación de los hechos que se han declarado probados por el órgano judicial que dictó la sentencia de instancia (y ante el cual se celebró el acto del juicio), es necesario, si la solicitud revisoria se basa en la prueba documental, que el hecho cuya revisión se pretende se deduzca con claridad de un documento indubitado o bien reconocido como veraz por todas las partes, así como que su contenido no resulte contradicho o desvirtuado por otros aportes probatorios. Y si la solicitud revisoria se funda en prueba pericial, se requiere que el dictamen o pericia no esté en contradicho por otros elementos obrantes en el acervo probatorio, o bien que se trate de dictamen que, por la singular cualificación técnica o autoridad científica de quien lo emite, revista especial valor probatorio a los efectos de acreditar los extremos en él consignados.

No se trata, por tanto, de que la sala que conoce del recurso de suplicación realice una nueva valoración de todo el material probatorio, pues con carácter general es el Juzgador ante quien se celebró el acto del juicio quien está en las mejores condiciones para valorar las pruebas practicadas, en virtud de la proximidad a los

medios de prueba que le confiere la inmediación. La Sala únicamente puede modificar los Hechos Probados cuando de manera patente, y en virtud de pruebas documentales o periciales (no de otra índole), se aprecie una incorrección o desajuste en la fijación de aquéllos.

En tercer lugar, en cuanto al error probatorio de instancia se exige:

- Que se trate de un error probatorio.
- Que se trate de un error de hecho.
- Que se trate de un error evidente.

Englobando los tres, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de enero de 2007 desestima el recurso de suplicación interpuesto de contrario confirmando la de instancia en la que se absuelve a la Comunidad de Madrid ya que *"aparte de que ninguno de los documentos que sirven de soporte para esta pretensión revisoria resulta hábil para el fin perseguido, lo cierto es que la adición propuesta carece de cualquier relevancia para el signo del fallo"*.

En dicha Sentencia se incide, como tiene declarado la doctrina jurisprudencial, que sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba, cuando concurran las circunstancias que siguen[25]:

a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido.
b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas.
c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo.

A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, pues: "[...] *ha de ser contundente e indubitativo per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida*"[26].

[25] Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1993.
[26] Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 enero de 1990.

Por último, en cuanto a la trascendencia del error, se observa la Sentencia de la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de mayo de 2009, que desestimando el recurso de suplicación interpuesto de contrario mantiene la absolución de la Comunidad de Madrid, que manifiesta que el objeto de la suplicación con el artículo 191.b) de la LPL no es la mera modificación de los hechos sino la corrección de la fundamentación jurídica que es la base argumental del fallo de la sentencia que se quiere cambiar. Y ello exige siempre un motivo jurídico —por el artículo 191.c) de la LPL— pudiéndose además articular motivos fácticos —por el 191.b)— que permita luego cambiar la argumentación jurídica. Y es que el carácter extraordinario de la suplicación, que no es una segunda instancia, veda que el Tribunal subsane la deficiente argumentación del recurrente, planteándose "de oficio" nuevos motivos del recurso.

3.3.1. El artículo 191.b) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid

En la actuación procesal de la Comunidad de Madrid en el orden social, existen dos medios probatorios que gozan de veracidad y presunción de certeza respecto de los documentos aportados a instancia de parte y que son base sustancial para la mayor parte de procedimientos que finalizan con la absolución de la Comunidad de Madrid. Estos documentos son las actas de la Inspección de Trabajo en materia de procedimientos de oficio y el dictamen técnico facultativo en el ámbito de la determinación del grado de minusvalía.

En cuanto a la primera cuestión, la presunción de veracidad de las actas de Inspección está prevista en el art. 53.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/00, de 4 de agosto y en el art. 15 del RD 928/98 de 14 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General sobre el Procedimiento para la imposición de Sanciones por Infracciones del Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, así como el artículo 148.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Asimismo existe una jurisprudencia reiterada que, con ejemplos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983 y 15 de junio de 1987, otorga presunción de veracidad a los hechos y deducciones directas sobre los mismos contenidos en las Actas de la Inspección de Trabajo.

De ello se concluye que si se aporta a un pleito un acta de la inspección de trabajo y la parte a la que le perjudica no impugna su autenticidad, hará prueba plena de su autor, data y de la emisión de

la declaración. Lo que sucede es que, además de estos extremos, determinadas afirmaciones de la declaración testimonial del inspector de trabajo (las referentes a hechos constatados en él) gozarán de una fuerza probatoria cualificada, lo que supone una virtualidad probatoria superior a la que tiene los documentos privados.[27]

El segundo medio probatorio que goza de objetividad es el dictamen técnico facultativo emitido por los médicos del Equipo Técnico de Valoración y Orientación a la hora de realizar el expediente sobre el reconocimiento del grado de minusvalía de un solicitante.

En este caso tenemos que tener en cuenta, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, quines en relación con este punto señalan que "*en caso de disparidad de dictámenes médicos contradictorios, los aportados por el actor y los obrantes en expediente, han de aceptarse ordinariamente los que han servido de base a la resolución de los organismo públicos, por emanar de médicos o instituciones oficiales que gozan de mejor presunción de objetividad que si proceden de peritos traídos al proceso de instancia de los particulares interesados (siendo en el presente caso la Mutua), debiendo prevalecer los informes médicos públicos a los privados*" *(Sentencia TSJ Murcia 3/07/92; STSJ 28/9/92).*

Debemos atender a los informes médicos correspondientes y dado que éstos parecen contradictorios, habría que apelar a la doctrina general e imperante en los Tribunales que no es otra que en caso de discrepancia tener en cuenta los informes médicos presentados por el organismo público actuante, puesto que se entiende gozan de mayor objetividad que los aportados a título particular.

Esta misma prevalencia se manifiesta en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2008, según la cual "habiendo acogido la sentencia de instancia el contenido del dictamen técnico facultativo emitido por el Equipo de Valoración y Orientación, no ha lugar a la modificación de dicho ordinal fáctico, pues la valoración de las pruebas corresponde primordialmente al órgano judicial a quo , no existiendo motivo fundado y justificado para otorgar mayor veracidad y eficacia probatoria a los informes mencionados por la parte recurrente, que al acogido por el órgano judicial de instancia". En consecuencia, se desestima el motivo amparado en el artículo 191.b) LPL.

---

27 Y es que en estos documentos públicos lo que goza de eficacia probatoria privilegiada, como regla general, es aquello constatado por el funcionario público documentador, mientras que en los documentos privados indubitados no goza de veracidad el contenido de la declaración testimonial del particular, cuya certeza o incerteza no puede ser impuesta apriorísticamente por el juez. A estos efectos es irrelevante que la declaración del particular esté recogida en un documento público o privado porque en ninguno de los casos gozará de eficacia probatoria plena en cuanto a la veracidad de su contenido.

Esta misma argumentación se reitera en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2008 en la que la parte recurrente pretende añadir un hecho probado nuevo, inadmitiéndose dicha pretensión ya que no consta en la sentencia recurrida ninguna referencia a tal cuestión, como suscitada en la instancia por la parte demandante, introduciéndose así una cuestión nueva que no puede traer en vía de recurso la demandante, al no haber sido debatida en la instancia, en donde la parte, de forma tácita, admitió lo que en este punto indicaba la resolución administrativa.

3.4. Tercer motivo: examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia

3.4.1. Infracción de normas sustantivas

Desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885 los medios de impugnación han ido evolucionando, mezclándose con otras instituciones, y sobre todo, ampliando el control cualitativo y cuantitativo del derecho. Primero, reconociéndose distintas formas de contravenir la ley, y segundo, ampliando la base normativa de control, ya que no sólo se controla la ley en sentido estricto, sino cualquier norma del ordenamiento jurídico incluyéndose la jurisprudencia o "doctrina legal".

Pues bien, tanto el recurso de casación como el de suplicación, no pueden concebirse como acciones impugnativas autónomas puesto que ambos constituyen una fase más del proceso en la que se busca atacar una sentencia definitiva. Por ello, es necesario mencionar al respecto que el principio "iura novit curia" es de aplicación al recurso de suplicación para controlar de oficio la aplicación del derecho. Esto supone la conveniencia y necesidad de que la parte ponga de manifiesto las normas de derecho que considere idóneas aplicar al caso concreto, o la posible interpretación y aplicación de las mismas, a través del motivo previsto en el artículo 191c) de la LPL.

La alusión en el artículo 191.c) de la LPL a las "*normas sustantivas*" conlleva a deducir que el recurso de suplicación se puede basar en la infracción de precepto constitucional; lo que se infiere también del propio texto del procedimiento laboral, que al hacer referencia a los derechos fundamentales señala para éstos un procedimiento especial, pero también prevé la protección de los mismos por otros procedimientos e incluso podrían ser alegados junto con derechos no fundamentales.

Las normas con rango legal, independientemente de la materia sobre la que versen, pueden ser denunciadas en suplicación. Luego, podrán ser invocadas en el recurso las leyes orgánicas, las ordinarias, los decretos-leyes y los decretos-legislativos. En cuanto a las leyes de bases, en un principio, parecen no ser susceptibles de dicha denuncia al no tener eficacia para obligar a los ciudadanos aunque, como señala GONZÁLEZ-CUELLAR, se podría alegar "si al desarrollar la delegación legislativa el Gobierno ha infringido el mandato del poder legislativo concretado en dicha ley".

Respecto de la materia sobre la que versen, podrán ser objeto de invocación tanto normas materiales como procesales. En cuanto a las procesales, se observan las relativas a la valoración legal de la prueba, la carga de la prueba, la litispendencia, los efectos de la cosa juzgada y la incongruencia de la sentencia —entendida ésta en sentido estricto—. Por su parte, respecto a las normas materiales, podrán ser objeto de invocación tanto las normas correspondientes a fuentes directas del orden social, como aquellas normas de derecho administrativo, tributario, civil, mercantil o penal siempre que guarden relación con el objeto de la litis.

También pueden ser objeto del recurso de suplicación la infracción de las cláusulas previstas en un convenio colectivo, con independencia de si el convenio es estatutario o extraestatutarios. También lo son las normas jurídicas aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las cuales tienen competencia en materia de seguridad social y en ejecución de materias laborales y de seguridad social.

Desde otro ámbito, frente a las soluciones erróneas a las que se ha llegado en el orden civil que impide el control de las disposiciones administrativas, contenidas en decretos o en órdenes ministeriales, en el campo laboral si son objeto de control aquellas, pero siempre que se refieran a materias propias del ámbito social de la jurisdicción. Sin embargo, suele ser conveniente vincular su control con las normas que jerárquicamente les dan cobertura, salvo que se trate de reglamentos autónomos. Por el contrario, no serán objeto de control las resoluciones de la dirección general de empleo, ni las circulares.

Finalmente, podrán ser alegados como infringidos, a efectos de la suplicación, los decretos y órdenes que aprueban los Acuerdos o Pactos alcanzados en los que se determinen las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya se esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario.

3.4.2. *Infracción de la jurisprudencia*

También la violación de la doctrina jurisprudencial puede ser objeto de este motivo, siempre y cuando se trate de una infracción determinante del fallo o parte dispositiva de la sentencia, sin que pueda ser confundida con cualquier doctrina judicial, pues sólo la que deriva de las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo (artículo 6 CC) —salvo que se trate de una STS para la unificación de doctrina, que no requerirá la reiteración— y del Tribunal Constitucional, en las materias de su competencia, alcanzan tal denominación. No así la doctrina propia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

3.4.3. *El artículo 191.c) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid*

Como se ha señalado en el apartado relativo a la infracción de normas sustantivas, pueden ser objeto de invocación tanto normas procesales como materiales. Dentro de las procesales se incluyen, entre otras, las relativas a los efectos de la cosa juzgada, litispendencia y prejudicialidad. Dichas materias han sido invocadas en determinadas ocasiones por la representación procesal de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta a la cosa juzgada, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio 2007 estima el recurso de suplicación formulado por la Comunidad de Madrid al considerar la infracción del artículo 222.1 de la LEC. Según ésta, *"si en un procedimiento anterior recayó sentencia sobre idéntica cuestión que la planteada en el proceso presente, tal pronunciamiento debe tener los efectos propios de la cosa juzgada, y por ello actúa como dato o antecedente impeditivo de un nuevo litigio, que de entender que la acción se refiere a periodos de devengo salarial distinto podría seguirse de otros posteriores afectantes a periodos diferentes pero con el mismo objeto y con las mismas partes, con eventuales respuestas contradictorias en sus pronunciamientos, hipótesis que ha de rechazarse por aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica"*.

Acerca de la prejudicialidad destaca la Sentencia del Juzgado de lo Social nº11 de Madrid de 31 de marzo de 2009 donde absuelve a la Comunidad de Madrid y se aborda el principio de "responsabilidad ex delicto", concluyendo que a diferencia de en ésta donde lo que se persigue es la actividad delictiva, en la responsabilidad que se pretende en el ámbito social se tiene como base la culpa contractual derivada de la existencia de una infracción del deber de seguridad en el trabajo que tiene el empresario con los trabajadores.

Sobre la litispendencia, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid de 20 de julio de 2007 estima la excepción de litispendencia alegada por la Comunidad de Madrid al estar ante un supuesto en el que existen acciones de idéntica naturaleza (entre las mismas partes), que podrían dar lugar a sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos de seguirse simultáneamente dos causas para enjuiciar la misma pretensión. Por ello, es claro que el objeto de los litigios es el mismo, existiendo una identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos al darse la triple identidad de sujetos, objetos y hechos, estando las causas de pedir interrelacionadas y la decisión que se tome en el primer proceso afecte a la litis.

LA AUTORREGULACIÓN COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO: MADRID COMO PARADIGMA DE REFERENCIA

POR
DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La legislación que integra el sector del ordenamiento jurídico que convencionalmente podemos considerar como Derecho de consumo se caracteriza, entre otros aspectos, por una marcada dispersión normativa lo que impide, no solo al jurista[1] sino naturalmente al propio consumidor y usuario, tener una visión completa de los problemas que eventualmente pueden suscitarse así como de su adecuada resolución[2].

La novedad de la materia y la proliferación constante de leyes —básicamente a impulsos del Derecho derivado de la Unión Europea[3]

[1] Como acertadamente determina GARCÍA DE ENTERRÍA (2006) la superabundancia normativa que, en la actualidad, existe determina que el principio formulado en el art. 6.1 Código Civil, "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", se nos presente como una suerte de sarcasmo pues no hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados, que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción de esa marea inundatoria e incesante de leyes y reglamentos entre cuyas complejas mallas hemos, sin embargo, de vivir.

[2] GONZÁLEZ CARRASCO y CANTERO MARTÍNEZ (2006).

[3] Como dispone LINDE PANIAGUA (2005) por Derecho derivado se entiende el conjunto de normas y actos comunitarios emanados de las Instituciones de la Unión Europea en virtud de las habilitaciones genéricas o específicas contenidas en el Derecho originario. En el Derecho derivado se incluyen los actos jurídicos obligatorios —reglamentos, directivas y decisiones— y no obligatorios —resoluciones y dictámenes— previstos en el Tratado de la Comunidad Europea, así como toda una serie de actos de otro tipo —como, entre otros, son los reglamentos internos de las instituciones o los programas de acción comunitarios—,

y, en ciertas ocasiones, como consecuencia de especiales circunstancias acontecidas en la realidad social (cabe recordar, en este sentido, que el envenenamiento masivo por consumo de aceite adulterado está en el origen de la ***Ley*** 26/1984, de 19 de julio, ***General*** para la defensa de los ***Consumidores y Usuarios hoy sustituida por el*** Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias)— ha dado como resultado un conjunto extenso y heterogéneo de normas carentes de la necesaria uniformidad que, en numerosos supuestos, se superponen en sus respectivos ámbitos de aplicación así como, con carácter simultáneo, a una deficiente aplicación de la normativa de consumo por parte de los órganos jurisdiccionales.

Tales inconvenientes pueden mitigarse y, en cierta medida, erradicarse mediante el recurso a la autorregulación por parte de los diferentes colectivos que en materia de consumo interactúan. Nos referimos a los empresarios, los consumidores y la propia Administración pública. En virtud de la autodisciplina son posibles dos mecanismos especialmente garantistas en materia de consumo.

Son, por un lado, los códigos de conducta cuyo articulado incluye, además de la totalidad de la normativa legal imperante en el sector que disciplinan, un elenco de interesantes mejoras de la propia legislación vigente en esos ámbitos. De este modo, el consumidor y usuario podrá beneficiarse de dos aspectos. En primer lugar, con la simple lectura de sus preceptos, podrá conocer el régimen jurídico aplicable a un determinado sector comercial y, en segundo lugar, si el empresario con el que inicia relaciones comerciales está adherido a los mismos, como ya hemos anticipado, será merecedor de interesantes mejoras de la propia normativa legal. En caso de que se susciten discrepancias entre el empresario comprometido con el tenor del código del código de conducta y el consumidor que entable cualquier tipo de relaciones con aquél podrá acudirse a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos fijados en el sistema de autodisciplina en el que el código de conducta se integre. Como en el presente estudio veremos, el instrumento de resolución extrajudicial de litigios más empleado por tales sistemas es el arbitraje de consumo.

Y, por otro, los distintivos de confianza cuya presencia en un determinado establecimiento comercial así como en su material publicitario acreditan elevados niveles de calidad de la empresa que los ostenta. En efecto, la concesión de tal logotipo se fundamenta en el escrupuloso cumplimiento del empresario de ciertas obligaciones establecidas por el responsable del sistema de autodisciplina u organismo de control —en el que el sello se integre— bien en el código de

conducta bien en el reglamento de uso —en cuyo último caso nos encontraremos ante una marca de garantía—. En cualquiera de los dos supuestos apuntados, el prestador de servicios podrá exhibir el correspondiente icono en virtud de la correspondiente licencia de uso otorgada —tras, insistimos, la acreditación de la concurrencia de los presupuestos enunciados en el documento en el que se funde la posible concesión del mismo— por la entidad responsable del sistema de autodisciplina.

En cualquier caso, ambos mecanismos —códigos de conducta y distintivos de confianza— garantizan para el público potencialmente destinatario, consumidores y/o usuarios, elevados niveles de protección por lo que al consumo respecta. Debe advertirse que el amparo que tales figuras representan para el potencial consumidor y/o usuario es más elevado que el reconocido, con carácter mínimo, por el propio legislador. En otros términos, suponen un plus adicional especialmente tuitivo para el eventual destinatario de los mismos lo cual aumenta, de manera considerable, la confianza del consumidor y/o usuario. La adhesión a los instrumentos enunciados será puesta de manifiesto por los empresarios, como ya hemos señalado, mediante la exhibición del respectivo logotipo acreditativo. De hecho, esa es precisamente su razón de ser: dar a conocer al público potencialmente destinatario el elenco de buenas prácticas legales y empresariales con las que están comprometidos.

Resulta verdaderamente destacable que la única Comunidad Autónoma que ha logrado fomentar y consolidar tales instrumentos es Madrid. En efecto, como en el presente estudio veremos, la citada Autonomía, por un lado, ha elaborado e implantado —en estrecha colaboración con las asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales— un elenco de códigos de buenas prácticas que reglamentan, de manera ciertamente exitosa, diferentes sectores comerciales y, por otro, ha creado un distintivo de calidad registrado como marca de garantía para, precisamente, diferenciar a las empresas merecedoras de tal galardón erigiéndose, de esta manera, en un referente a nivel nacional. Las actuaciones enunciadas convierten a Madrid en un paradigma de referencia sobre el particular.

2. LA AUTORREGULACIÓN COMO MECANISMO DE AMPARO IDÓNEO DEL POTENCIAL CONSUMIDOR Y/O USUARIO

La autorregulación, como determina el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 2006, es la acción y el efecto de autorregularse siendo éste último vocablo el hecho de regularse por sí

mismo. Dicho de otra forma, tal opción pasa por la ordenación de una determinada materia —en nuestro caso de ciertos sectores comerciales— por parte de los agentes que interactúan en la misma. Cabe poner de relieve que, en el ámbito que someteremos a estudio, tal práctica reguladora tiene, dicho sea de paso, la virtud de resultar fomentada y consolidada por los organismos públicos competentes de Madrid.

Aunque no resulta, en modo alguno, pacífico ni unívoco el significado que, a juicio de la doctrina[4], puede darse al término autorregulación podemos convenir que, en un primer acercamiento, suele utilizarse como sinónimo de autorreglamentación que, como ya hemos señalado, debe entenderse como la capacidad de un sujeto para darse normas a sí mismo. Asimismo, tal vocablo se emplea para referirse a aquellos principios, normas o técnicas que definen el buen hacer profesional —la denominada *lex artis*— las pautas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos técnicos o éticos o, cuanto menos, de un cierto grado de especialización[5].

La autorregulación, en la actualidad, se presenta como una fórmula novedosa y, por sus ventajas, con claras perspectivas de futuro[6]. La novedad y el interés que actualmente suscita estriba en que los efectos de alguna de sus fórmulas más características están rebasando la órbita privada en la que, en origen, se gestan para alcanzar una dimensión pública o, dicho de otra manera, para convertirse en referencia que toman en consideración los poderes públicos. En este sentido, la autorregulación constituye una figura encarecidamente sugerida por el legislador, comunitario[7], estatal[8] y autonómico[9], en diferentes textos normativos.

[4] DARNACULLETA GARDELLA (2005).

[5] CANTERO MARTÍNEZ (2005); DARNACULLETA GARDELLA (2005).

[6] Aparicio Vaquero (2004).

[7] Así, entre otras, cabe referirse a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan pluriamual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales; Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; y las Conclusiones del Consejo, de 22 de mayo de 2008, sobre un planteamiento europeo de la alfabetización mediática en el entorno digital.

[8] Procede destacar, entre otras, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

[9] Cabe poner de relieve, a título de ejemplo, al Decreto de Castilla La Mancha 101/1996, de 25 de julio, que regula el Consejo Regional de Consumo; Ley de la Comunidad de Madrid

Las ventajas del sistema de autorregulación, entre otras, son: voluntariedad, lo que facilita considerablemente su aplicación práctica y su cumplimiento sin necesidad de intervención e imposición de los poderes públicos; flexibilidad; especialización; favorecer el desarrollo de estándares que garantizan elevados niveles de corrección; transparencia; prevención de infracciones, en el ámbito reglamentado, sobre todo si se dispone de mecanismos de valoración previa; bajo coste en diferentes ámbitos cual, por ejemplo, es en los procedimientos por infracciones; el hecho de cubrir eventuales lagunas de carácter legal; y fácil acceso. Por último, aunque no por ello menos relevante, es preciso tener en cuenta las ventajas de ahorro de tiempo y de recursos jurídicos y económicos para los poderes públicos que puede conllevar la potenciación de estas técnicas de autorregulación en los diferentes modelos de protección al consumidor. Y ello porque, además de este plus de protección en que se traducen todas estas técnicas para el consumidor, puede ayudar a liberar al propio sistema jurídico-público de los costes de la regulación.

La fórmula que disciplina las relaciones sociales acontecidas en un determinado sector, cual es la autorregulación, siempre ha existido, de una u otra manera, pues, naturalmente, cualquier organización, de algún modo, se autorregula. El fenómeno de la autorregulación supone la observancia de unas pautas de conducta —principios y normas éticas— cuyo cumplimiento previamente se ha fijado como objetivo. Simultáneamente, también constituye la expresión del compromiso de responsabilidad social de un determinado sector de la industria. Los ámbitos en los que la autodisciplina puede operar son ciertamente muy numerosos pudiendo citar, entre otros, la publicidad, la contratación electrónica, el periodismo, el mercado de valores, la televisión, y, naturalmente, todos aquellos otros distintos a los enunciados que sean susceptibles de ser englobados dentro del ámbito del Derecho de consumo.

En base a que la autorregulación es una práctica más informal que la legislación y que carece de capacidad coactiva —entendida ésta en el sentido de una virtualidad y alcance cercano a la estatal—, la eficacia de la misma puede ser muy débil si no se da un entorno cultural favorable y la organización de todas las partes implicadas.

Hay que observar, asimismo, que la autorregulación no puede ser vista como una excusa que exima al poder legislativo de sus obligaciones

11/1998, de 9 de julio, sobre Normas Reguladoras de Protección al Consumidor; Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; y Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

sino como complemento a una legislación que, inevitablemente, no puede dejar de tener un carácter muy general y ambiguo.

La mundialización y el ritmo, imparable, al que avanza la innovación tecnológica en los diversos sectores determinan que sea difícil prever todos los problemas que la práctica puede suscitar sobre el particular cual, a título de ejemplo, es la protección de los consumidores y/o usuarios en determinados escenarios comerciales existiendo, de esta forma, un marco proclive a la instauración de procedimientos que permitan alcanzar soluciones adecuadas para todos. Tal factor exige, naturalmente, que las autoridades nacionales vigilen, de manera constante, las políticas que determinan tal protección. Sin embargo, los diversos actores sociales —especialmente el colectivo empresarial— presentan especial interés en ayudar a crear y consolidar un entorno seguro para los potenciales consumidores y/o usuarios, siendo, tales actividades de autorregulación, objeto de previsión en los denominados códigos de conducta[10].

En este sentido, cabe hacer alusión al hecho de que la globalización dificulta considerablemente la labor del Estado de proteger la integridad de los consumidores en diversos ámbitos entre los que, a título de ejemplo, puede destacarse la determinación de los presupuestos de calidad y seguridad que necesariamente deben cumplir los productos que se comercializan. Tal circunstancia se debe a dos grandes grupos de factores. En primer lugar, por los propios límites de aplicación territorial de las normas ya que la producción de bienes y la prestación de los servicios se puede originar desde cualquier parte del mundo. En segundo lugar, por la propia imposibilidad material de los Estados de establecer este tipo de normas técnicas especializadas motivada, en la mayor parte de los casos, por falta de conocimientos técnicos.

Tales factores determinan que esta tarea, de carácter fundamental para la adecuada protección de los consumidores, que hasta ahora se desarrollaba casi en exclusiva mediante la actividad normativa de los poderes públicos, esté empezando a ser sustituida por otros instrumentos privados de autorregulación. En estos casos son los propios colectivos privados, como consecuencia —todo hay que decirlo— de ciertas acciones de fomento por parte de los poderes públicos, los que se encargan, siguiendo el ejemplo enunciado, del establecimiento de los requisitos mínimos de seguridad que necesariamente han de tener los bienes así como de la elaboración de normas voluntarias de calidad.

Las distintas técnicas de autorregulación pueden ser empleadas para proteger a los consumidores y/o usuarios de los bienes y servicios en diversos frentes:

[10] Fernández Rozas (2007).

1. Como técnica para la protección material del consumidor mediante el establecimiento de determinadas pautas de comportamiento, elaboración de códigos de conducta, códigos de buenas prácticas comerciales y códigos deontológicos. Con esta técnica se trata de imponer a los sujetos prestadores de servicios reglas especiales de conducta que redunden en un plus de protección para el consumidor y usuario en la medida en que son susceptibles de proporcionar a estos últimos un mayor respeto a sus intereses y derechos.
2. Como mecanismo de protección instrumental. A través de determinados medios de autorregulación se pueden instaurar, de forma voluntaria, técnicas que traten de agilizar y facilitar para el consumidor y usuario el ejercicio de sus derechos. El instrumento de autorregulación típico en este ámbito vendría determinado por el establecimiento de determinadas fórmulas de resolución extrajudicial de litigios.
3. Como instrumento de promoción y fomento. La autorregulación, como hemos visto, puede aportar un plus de protección para el consumidor y usuario. La concesión de determinados sellos distintivos o marcas de garantía permite identificar a aquellos comerciantes o prestadores de servicios que voluntariamente asumen el compromiso de adherirse y respetar, más allá de lo que establece la propia ley, determinados códigos de conducta. De este modo, se logran incrementar y mejorar los derechos y garantías concretas de los consumidores y usuarios ya reconocidos por el ordenamiento jurídico. Con estas técnicas se crea la expectativa de que los consumidores y usuarios se dejarán atraer, pues manifestarán una mayor sensación de confianza, por las garantías reforzadas que la adhesión a los códigos de conducta representa.

El recurso a la autorregulación resulta especialmente apropiado en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de algún déficit en la protección legal del consumidor. La participación voluntaria de los propios sujetos que intervienen en el proceso de elaboración y comercialización de productos así como de los propios prestadores de servicios, se va mostrando, cada vez en mayor medida, como un elemento ineludible de cara a garantizar adecuadamente la tutela de la posición del consumidor. Esta participación, que se puede manifestar bien en la adopción voluntaria de determinados códigos de conducta bien en el recurso a otros instrumentos privados de autorregulación —como es el caso de los iconos de confianza—, puede convertirse en una interesante técnica

de protección que permita complementar a los demás instrumentos públicos normativos, redundando, en este sentido, en un mayor grado de amparo para los consumidores y usuarios.

Las empresas que se adhieran al sistema de autorregulación deben poder mostrar a sus eventuales clientes que pertenecen al mismo de forma que el consumidor conozca el sistema de protección de los derechos e intereses del usuario que se pone a su servicio. Es, por consiguiente, preciso que exista un mecanismo de acreditación de la adhesión al sistema de autodisciplina, de manera que sean identificadas las empresas comprometidas activamente en su sostenimiento y desarrollo. Tal extremo, se acreditará mediante la exhibición en un lugar visible del establecimiento, por parte de la empresa signataria del código de conducta en cuestión, del correspondiente sello de confianza acreditativo de la adhesión de la empresa a aquél[11].

Podemos, de esta manera, afirmar, en cierto sentido, que la profesionalización del sector empresarial conduce a su autorregulación. La presión reguladora de los poderes públicos, tendente a fomentar e, incluso, a imponer, en ciertos casos, la autorregulación, no es sino una manifestación de la necesidad de aumentar el grado de profesionalización de las empresas.

Por último, cabe poner de relieve que desde la Administración se pretende fomentar la idea de que es apropiado que los códigos de conducta deban obtener la aprobación o el reconocimiento de las autoridades públicas[12] si bien la variedad de ámbitos en los que la autorregulación se desarrolla puede justificar diferentes respuestas según el alcance de los intereses públicos implicados.

3. MANIFESTACIONES DE LOS SISTEMAS DE AUTODISCIPLINA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Vistas las bondades que la autorregulación comporta como instrumento de protección del potencial consumidor y/o usuario cabe, a continuación, analizar la presencia de tal técnica en la práctica. En este sentido, nos centraremos en el grado de implantación de la misma en la Comunidad Autónoma de Madrid en la que, dicho sea de paso, ha logrado interesantes niveles de eficacia. De hecho, en virtud de la autodisciplina son posibles las dos manifestaciones más paradigmáticas

[11] Kuhlmann (1990); Bock (2000); Gierl y Winkler (2000); Krueber-Riel y Weinberg (2003).

[12] Fernández Neira (2003).

a efectos de amparo del consumidor y usuario. Nos referimos, por un lado, a los códigos de conducta aprobados en diversos sectores comerciales y, por otro, a los distintivos de confianza en cuyo ámbito ocupa un lugar destacado Madrid excelente, logotipo registrado como marca de garantía.

3.1. Los códigos de conducta reguladores de diferentes sectores comerciales

Con la finalidad de tutelar los intereses de los consumidores y usuarios, en mayor medida que lo reconocido por el propio legislador, los colectivos que interactúan en diferentes escenarios vinculados al Derecho de consumo —entre los que cabe citar el textil, mudanzas y guardamuebles, tintorerías y lavanderías, juguetes, reparación de electrodomésticos, calzado, talleres de reparación de automóviles, droguería, perfumería y cosmética, y autoescuelas— fomentados, en gran medida, por la propia Administración pública han elaborado un elenco de códigos de buenas prácticas que, previa adhesión del empresario, rigen en determinados sectores comerciales. A continuación, examinaremos el concepto, contenido y eficacia de tales mecanismos.

3.1.1. Concepto

En los últimos años somos testigos y, en ciertos casos, protagonistas de un vigoroso impulso, fomentado desde diversas instancias, del *soft law*[13] —en terminología anglosajona— o derecho no vinculante especialmente por lo que respecta a la protección de los consumidores y/o usuarios en materia de consumo. El derecho no vinculante o voluntario[14] es el conjunto de instrumentos que, aunque no ostentan el carácter imperativo que caracterizan a las normas jurídicas, pueden afectar, de manera significativa, al panorama legislativo promoviendo la estandarización legal de determinadas prácticas[15]. Debe ponerse de manifiesto que la falta de fuerza vinculante del derecho no vinculante no implica la carencia total de efectos jurídicos. En efecto, las prácticas susceptibles de ser englobadas en aquél se erigen en un

[13] Sobre las diferencias que existen entre las normas jurídicas o hard law y las normas de carácter deontológico o soft law nos remitimos a las consideraciones de, entre otros autores, PÁZ ARES RODRÍGUEZ (2000); SHAPIRO (2002); MOLES PLAZA (2004).

[14] CANTERO MARTÍNEZ (2005).

[15] ESPINOSA CALABUIG (2001); Arranz Alonso (2003); MEDINA MALO DE MOLINA (2003); PATIÑO ALVÉS (2007); VÁZQUEZ RUANO (2008).

modelo de referencia sugerido, como ya hemos visto, por parte de instancias públicas. De este modo, si en el futuro concurren los dos elementos de la costumbre —repetición continuada en el tiempo y el elemento espiritual u *opinio iuris seu necessitatis*— los códigos de conducta podrán alcanzar la categoría de fuente del Derecho[16].

Los códigos de conducta están formados por un conjunto de reglas de carácter deontológico o de buena práctica profesional que se caracterizan porque poseen un alto nivel de seguridad jurídica lo cual, a su vez, representa, desde el punto de vista de sus destinatarios, su conceptualización como beneficiosos. Al estar regidos por la autonomía de la voluntad de las partes, la información empleada para su aprobación va a ser más amplia y completa y, además, su contenido tratará de proteger, con mayor equidad, los intereses de las partes afectadas[17]. Existe, por el contrario, un sector de la doctrina[18], cuya valoración no compartimos, que considera que los códigos de conducta, por su origen empresarial, difícilmente pueden satisfacer los intereses de los consumidores.

Las reglas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver.

La autorregulación de diferentes sectores comerciales y, consecuentemente, su instrumento más paradigmático a efectos de confianza, el código de conducta, es posible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Tal principio es objeto de disciplina por el art. 1255 Código civil que, como es sabido, establece que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

Es conveniente, en este sentido, poner de manifiesto que los códigos de conducta no pueden establecer normas cuya aplicación sea más permisiva que el mínimo exigido por la ley ni tampoco, naturalmente, ser abiertamente contrarios a la ley imperativa. Naturalmente, no es admisible una rebaja de la normativa legal fijada por parte del legislador, como ley imperativa o, en su caso, semiimperativa —a favor del consumidor—. Sí que realizan, no obstante, una importante mejora del marco tuitivo aplicable al potencial consumidor y/u usuario —parte débil del contrato— en materia de Derecho de consumo.

16 Sobre esta cuestión nos remitimos a LÓPEZ JIMÉNEZ (2009).
17 Peinado Gracia (1998); Vázquez Ruano (2008).
18 Espinosa Calabuig (2001).

Con la aprobación de un conjunto de códigos de conducta reguladores de diferentes sectores comerciales se promueve el autocontrol en tales escenarios garantizando, de esta manera, un amplio catálogo de interesantes prácticas empresariales que redunden en una mayor protección de los consumidores.

Los empresarios que se adhieran a los códigos de buenas prácticas aprobados en ciertos sectores comerciales —textil, mudanzas y guardamuebles, tintorerías y lavanderías, juguetes, reparación de electrodomésticos, calzado, talleres de reparación de automóviles, droguería, perfumería y cosmética, y autoescuelas— en los que, en la actualidad, existen —si bien en el futuro podrán aprobarse en otros escenarios adicionales— y se comprometan, por tanto, a cumplir activamente su contenido, podrán obtener y exhibir el distintivo de buenas prácticas que otorga el Ayuntamiento de Madrid, logotipo de garantía para los consumidores, que sitúa a los establecimientos que lo ostenten en una posición relevante con respecto a otras empresas de la competencia.

3.1.2. Contenido

Uno de los fines más loables de los códigos de conducta viene determinado, precisamente, por el hecho de reunir y sistematizar, en un solo texto, toda la normativa aplicable al amplio campo que reglamentan. En efecto, para un lego en Derecho resulta ciertamente difícil conocer el escenario normativo aplicable a una relación jurídica si bien, aunque parezca, en cierta medida, paradójico, también puede ser complejo para un jurista salvo que esté especializado sobre la materia. Tales figuras presentan, como decimos, la interesante virtud de aunar en un solo documento toda la normativa aprobada, en su caso, por diferentes legisladores —autonómico, nacional y comunitario— aplicable a un concreto sector comercial lo cual facilita extraordinariamente para cualquier interesado el conocimiento del régimen jurídico vigente en un determinado ámbito.

En cumplimiento de uno de los objetivos del área de Gobierno de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid, que no es otro que la mejora permanente de la actividad comercial y la promoción del autocontrol de las empresas, se desarrollaron diferentes códigos de conducta para, precisamente, elevar la calidad y seguridad de los servicios prestados por los establecimientos comerciales adheridos.

Todos los códigos de conducta se articulan en base a una serie de requisitos legales que son de aplicación a los respectivos sectores comerciales, unos compromisos de actuación en materia de calidad,

resolución de reclamaciones, mejoras en la prestación del servicio que exceden del contenido de aquéllas y que tienen como finalidad contribuir a satisfacer las demandas de los consumidores así como incrementar el nivel de calidad y seguridad de la actividad desarrollada por los establecimientos adheridos a tales códigos de buenas prácticas.

Un déficit detectado en materia de consumo afecta a las fórmulas o vías de las que los consumidores y/o usuarios disponen para reclamar. Además de la garantía del acceso a la justicia, la experiencia pone de manifiesto la necesidad de establecer otros mecanismos de reclamación —donde ocupan un destacado papel los extrajudiciales— como vía alternativa al proceso judicial. Para lograr niveles adecuados y óptimos de protección del consumidor y usuario debe ponerse a disposición de los mismos medios que faciliten y reduzcan el precio que, de otro modo, supondría la realización judicial de sus derechos. Por ello, resulta fundamental recurrir a fórmulas de protección extrajudicial de conflictos tal como acontece con el sistema arbitral de consumo. Es, precisamente, este último uno de los contenidos más destacados de los códigos de buenas prácticas comerciales aprobados en los diferentes sectores comerciales a los que hemos tenido la ocasión de referirnos.

3.1.3. Eficacia

Los códigos de conducta son compromisos contractuales, no pudiendo ser, en modo alguno, considerados normas jurídicas sin perjuicio de que, como contratos que son, tienen, al amparo del art. 1091 Código Civil, valor o fuerza de ley entre las partes contratantes que, en nuestro caso, serán, por un lado, el área de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid —a través de la Dirección General de Comercio y Consumo— y, por otro, el la empresa adherida al código de conducta si bien, curiosamente, su eficacia fundamentalmente se despliega frente a los potenciales consumidores y/o usuarios de la empresa adherida.

Debe tenerse en consideración que un sistema de autorregulación correctamente diseñado en materia de consumo puede contribuir a fijar elevados estándares de conducta que, a su vez, serán respetuosos, con carácter necesario, con el mínimo legal establecido por el legislador siendo —como ya hemos reiteradamente señalado— en ciertos supuestos, además, figuras que mejorarán, de forma más o menos importante, ese mínimo legal. Son claras, numerosas y de peso las ventajas que pueden derivarse de un adecuado sistema de autorregulación para los consumidores pero, también, para el interés general.

Son las prerrogativas de las que tales sistemas gozan las que justifican la apuesta que desde ciertos textos legales se realiza a favor de la autorregulación, en general, y los códigos de conducta en particular.

En caso de infracción de los códigos de conducta no hay, sin embargo, un aparato público o estatal —órganos jurisdiccionales o, en su caso, administrativos— para hacerlos cumplir. Uno de los interrogantes más significativos que los mismos plantean es, precisamente, cuál es su eficacia real así como, en este sentido, qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta al respecto pasa por el poder sancionador que el organismo de control del sistema de autorregulación ostenta. Tal autoridad, de carácter coactivo, está supeditada al grado de compromiso que, en su caso, el empresario sancionado tenga. Aunque la modalidad de sanciones a imponer es relativamente amplia tienen, en todos los casos, un pretendido carácter disuasorio.

Los códigos deontológicos no tienen, en ningún caso, la coerción de una norma jurídica. Este punto es probablemente su debilidad sin que la misma pueda interpretarse como su ineficacia. Teniendo en consideración que en la práctica totalidad de las ocasiones, no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que ineludiblemente deben obedecer los sistemas de autorregulación estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas en materia de consumo a la legalidad vigente[19].

En la medida en que los códigos de conducta estén revestidos de fuerza coactiva podrán transmitir la garantía, seguridad y confianza que se proponen. Tal extremo cabe siempre y cuando se contemple la posibilidad de sanción en la letra de los códigos. En efecto, todo código de conducta debe contemplar un medio coercitivo en forma de sanción. Lo contrario sería considerarlo como una simple declaración de intenciones y, naturalmente, no tendría eficacia ni fuerza vinculante. A este respecto debemos efectuar una doble advertencia.

En primer lugar, los códigos de conducta incluyen, como hemos reiteradamente advertido, la normativa que necesariamente habrá de observarse, en determinados sectores comerciales así como en otras cuestiones conexas, amén de, en variados aspectos, un plus más tuitivo o beneficioso para el consumidor y/o usuario que el establecido, con carácter general, por el legislador. Es claro que, en caso de vulnerarse la normativa sobre los que el código de conducta versan, podrá acudirse a los Tribunales de Justicia pudiéndose reclamar, por parte de quien se estime perjudicado, lo que a su derecho convenga que, naturalmente, pasará por la observancia de las disposiciones legales vulneradas que, dicho sea de paso, estarán recogidas en el código de

[19] Tato Plaza (2005).

conducta. Sin embargo, la razón por la que los sistemas de autorregulación reclaman la resolución de los eventuales conflictos que, en materia de consumo, puedan plantearse por parte de mecanismos alternativos a la vía judicial estriba, precisamente, en evitar los problemas que los tribunales de justicia suscitan aprovechando las ventajas de las que gozan los instrumentos extrajudiciales de resolución de litigios. Los consumidores, como es sabido, requieren mecanismos rápidos, baratos —e, incluso, naturalmente gratuitos—, y eficaces que posibiliten la solución de las controversias que pudieran surgir en materia de consumo con los empresarios con los que acometan cualquier relación contractual.

En segundo lugar, como hemos visto, los códigos de conducta en su articulado establecen en caso de vulneración la posibilidad de imponer la correspondiente sanción por el organismo de control, que habrá de adecuar en atención a la gravedad del acto infractor cometido por la empresa adherida al mismo. El organismo de control podrá, si fuera necesario, expulsar, dándole la publicidad que estime oportuna, al empresario adherido del sistema de autorregulación.

Un supuesto especialmente controvertido, en todo el orden de cuestiones que venimos abordando, vendría determinado por el hecho de qué consecuencias podría tener la exhibición del sello de confianza —acreditativo de la adhesión a un determinado código de conducta en materia de consumo— en el propio establecimiento o en diferentes instrumentos o canales publicitarios de la empresa y el posterior incumplimiento que las obligaciones inherentes a su muestra representa. En efecto, en el caso de que el empresario revelara estar públicamente comprometido con las prácticas contenidas en un determinado código de conducta, habrá de ser consecuente con tal comportamiento ya que tal actitud podría ser determinante para la celebración de ciertos contratos por parte de determinados consumidores y/o usuarios que, todo hay que decirlo, en caso de saber que la empresa en cuestión no estaba adherida al código de conducta y, en consecuencia, no infundir una sensación de confianza podrían no haber celebrado.

En tales casos, como es sabido, la publicidad integra el contenido del contrato[20]. Como determina el art. 61.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido

[20] Sobre esta cuestión existe una amplísima bibliografía. Así, entre otros, pueden destacarse los trabajos de FONT GALÁN (1988); MORALES MORENO (1988); PASQUAU LIAÑO (1992); CUESTA GARCÍA DE LEONARDO (1996); REYES LÓPEZ (1997); INFANTE RUIZ (2004); ÁLVAREZ LATA (2005); PERALES VISCASILLAS (2005); SOLER MATUTES (2006).

de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias "las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato". Si referimos tal estipulación al ámbito de los códigos de conducta habremos de considerar la plena vigencia de las obligaciones asumidas por el empresario. Pudieron ser, como ya hemos manifestado, la concurrencia de las mismas —mediante la exhibición del respectivo logotipo de confianza— las que, precisamente, despertaron la intencionalidad de contratar en el potencial consumidor y/o usuario que, de buena fe, inició los trámites contractuales necesarios para adquirir, bajo las condiciones establecidas en el código de conducta, la actividad comercial publicitada. En consecuencia, como lo ofrecido no coincide con lo publicitado —aunque sea en el ámbito del régimen puramente jurídico o contractual del convenio—, existiría incumplimiento contractual por parte del empresario cuya actitud defraudaría las iniciales expectativas del consumidor y/o usuario.

Asimismo, debe considerarse la posible deslealtad del comportamiento recientemente descrito. En efecto, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior —Directiva sobre prácticas comerciales desleales— ha dado un paso adelante en la imbricación de los sistemas de autocontrol en el régimen de represión de la competencia desleal al incluir entre las prácticas comerciales desleales el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta en determinadas circunstancias[21].

En relación a esta última cuestión, debe señalarse que el art. 6.2.b) inciso segundo de la Propuesta de Directiva antes mencionada incluía entre las prácticas comerciales engañosas el mero incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta, siempre que esos códigos y las empresas adheridas a los mismos se hubiesen hecho públicos. No cabe duda de que la aprobación de tal precepto, en contra de lo probablemente pretendido, hubiese supuesto un grave freno al desarrollo de la autorregulación, en la medida en que hubiera implicado un desincentivo a la adhesión de las empresas a los códigos de conducta o autorregulación por el costoso gravamen que tal adhesión supondría[22].

[21] Massaguer Fuentes (2006).
[22] Fernando Magarzo (2008).

De forma más acertada, el art. 6.2.b) del texto finalmente aprobado sólo considera práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta, en los casos en los que el empresario haga expresa mención de su sometimiento a tal código entre las alegaciones o manifestaciones realizadas en una práctica comercial. La idea que subyace en este precepto es que cuando una empresa declara su adhesión a un código hace nacer expectativas legítimas. De tal manera que si la empresa no cumpliera el compromiso firme recogido en el código, su comportamiento será considerado como una alegación falsa y, por lo tanto, una práctica desleal en virtud de la Directiva marco.

En todo caso, debe precisarse que, a la vista de la redacción final del precepto, éste cabría ser interpretado no en la línea de que se considerará práctica desleal la mera infracción del código de conducta al que el anunciante se encuentre adherido, sino en el sentido de que tal práctica desleal existirá en el caso en que el comerciante haya incumplido la resolución dictada por el órgano de control de ese código en la que se haya declarado la existencia de tal infracción. Dicho con otras palabras, dos serán los requisitos necesarios para entender que la infracción de un código de conducta por parte de una empresa adherida constituye una práctica comercial desleal de conformidad con la Directiva. En primer lugar, que el comerciante haya hecho expresa mención de su sometimiento a tal código en su publicidad y, en segundo lugar, que haya incumplido la resolución del órgano de control encargado de la aplicación del código.

Desde la perspectiva que ahora nos interesa, la SAP de Madrid de 18 de enero de 2007 es relevante por cuanto recuerda que la adhesión de una empresa a un código de conducta publicitario origina su sometimiento al mismo y al procedimiento determinado en su articulado. Tal interpretación supone el reconocimiento del carácter vinculante de los códigos de conducta para aquellos que voluntariamente se someten a los mismos así como de los procedimientos en ellos establecidos en caso de vulneración, requisitos ambos imprescindibles para un eficaz funcionamiento de los sistemas de autorregulación.

La adhesión voluntaria a un determinado código de conducta en materia de consumo asegura elevados niveles de eficacia pues su concesión garantiza dos cuestiones. Por un lado, que, por parte de las entidades comprometidas con su contenido, se cumple la legalidad imperante sobre la materia y, por otro, que la empresa signataria sería, por parte de la sociedad en general, merecedora de la estimación más favorable en cuanto a operaciones vinculadas, directa o indirectamente, con la materia reglamentada en el código y, asimismo,

representativa de aplicar las mejores prácticas empresariales sobre el particular[23].

El rol que, en la práctica, tales iconos de confianza desempeñan es muy relevante pues la simple presencia de los mismos en un determinado establecimiento así como la consulta del contenido de código de conducta cuyo cumplimiento acredita —que representa una exigencia para el empresario que se adhiera—, muestran que prestador de servicios es, dicho coloquialmente, "de fiar". Como es natural, es, a todos los efectos, muy significativa la imagen que una determinada empresa proyecta ante la opinión pública. El recurso a los instrumentos de confianza que examinamos puede resultar muy útil tanto por parte de empresas ya consolidadas como, con mayor razón, por sociedades emergentes.

En definitiva, los sistemas de autorregulación, como hemos puesto de manifiesto, son instrumentos que, en cierta medida, permiten "jugar" con la importancia que tiene la imagen social para las empresas ya que una pérdida de prestigio podría ser una sanción, en todo caso, muy grave para aquellas figuras empresariales que busquen abrirse paso ante una sociedad cada vez más exigente.

3.2. Los distintivos de calidad: Madrid Excelente

Otra de las manifestaciones más representativas de los sistemas de autorregulación en materia de consumo es la de los distintivos de calidad en la que se inscriben las marcas de garantía. Dentro de estas últimas ocupa, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, un lugar muy destacado Madrid Excelente cuya concesión a un concreto prestador de servicios pone de relieve el compromiso de este último con un importante elenco de prácticas legales y empresariales contenidas en el articulado del Reglamento de uso en el que la marca de garantía se fundamenta. Seguidamente analizaremos, en primer término, el concepto de marca de garantía para, posteriormente, detenernos en el instrumento jurídico en virtud del cual se concede la citada marca que no es otro que el contrato de licencia de uso. Todas las apreciaciones que, con carácter general, efectuaremos serán, naturalmente, referidas al caso concreto de Madrid Excelente cuyas particularidades más significativas serán puestas de manifiesto.

[23] Schulz (1995).

3.2.1. *Concepto de marca de garantía*

El origen de la marca de garantía reside en las marcas de certificación que, dicho sea de paso, constituyen marcas otorgadas por la propia Administración que verifican, entre otros aspectos, la calidad de determinados productos[24]. De este modo, se entiende que la marca de garantía es, en cierto sentido, equivalente a la marca de certificación[25], por la función que cumple, ya que atestigua que, en ciertos bienes o servicios, está presente una característica común prefijada en el Reglamento de uso de la marca lo que no se da en otros productos o servicios análogos.

La marca de garantía es el signo con el que se certifica o acredita la concurrencia de una determinada característica común en los productos y/o en los servicios de los usuarios de la marca autorizados al efecto por el titular de la misma. Esta marca no puede ser utilizada por su titular sino por los terceros a quien el mismo autorice, tras controlar y evaluar que los productos o servicios de este tercero cumplen los requisitos que la marca de garantía certifica o garantiza.

Lo que, por tanto, destaca en las marcas de garantía es su función certificadora de la presencia de cierta característica común en los productos que la llevan y/o en los servicios a los que acompaña —procedente de diversos sujetos—.

La designación de marca "de garantía" podría inducir a cierta confusión respecto al verdadero alcance de esta figura, en cuanto a su función, pues la garantía de fábrica no es, en modo alguno, sustituida —ni por imperativo legal podría—. Además, hay que tener en consideración que el propio concepto de marca, en general, implica una cierta garantía para el consumidor que, guiado por su experiencia, adquiere un producto de cierta marca con la experiencia de encontrar un producto homogéneo a otros de la misma marca. Y es que, como es de general conocimiento, la esencia de la marca es la asociación entre el signo o medio y el producto o servicio[26].

Los sellos acreditativos de la conformidad a las normas han podido registrarse como marcas. En ocasiones, como marcas individuales y otras, por ejemplo, como de garantía. Resultan, en este sentido, ciertamente representativas de la realidad existente en España las marcas de productos registradas por la Asociación Española para la Normalización y la Certificación —AENOR—. Son marcas nacionales de conformidad a las normas que materializan verdaderos certificados

[24] Lobato (2007).
[25] Largo Gil (2006).
[26] Massaguer Fuentes (1995).

de calidad. De estas marcas sólo pueden hacer uso los titulares que hayan obtenido la autorización de AENOR. En todo caso, como es sabido, tienen un carácter voluntario para los empresarios. No obstante, como ya anticipamos, la referida autorización para hacer uso de la marca no podrá, en modo alguno, sustituir la garantía que corresponde conforme a la Ley al fabricante o importador del producto.

Tales consideraciones nos permiten hacer un inciso, en todo caso breve, respecto a la relación que, en cierto sentido, existe entre la autorregulación y las declaraciones de calidad pues en base a la primera será posible alcanzar las segundas. Es notorio que, en los últimos años, se ha extendido, de manera significativa, el sistema de la calidad en el que se encuentran fórmulas muy diversas cuales, entre otras, son acreditaciones, marcas de garantía, certificaciones, etc. Cada una de ellas, naturalmente, tiene sus propias especificaciones si bien, todas ellas, se dirigen hacia un objetivo común: la obtención de información, su contraste o verificación para su posterior ofrecimiento al público. Información sobre aspectos muy variados y diferentes entre sí cuales, por ejemplo, serían sobre procedimientos de fabricación, sobre la sujeción de bienes o servicios a férreas normas técnicas o controles, etc., pero, al fin y al cabo, información.

En este espacio de la calidad se asiste a la caída de los últimos reductos de la intervención administrativa directa, como era el régimen de la homologación[27], y, simultáneamente, a la entrada de fórmulas de autorregulación. De hecho, como es patente, son sujetos de carácter privado los que emiten la mayoría de las declaraciones, con diferentes formas jurídicas, que se producen en la órbita de la calidad. La Administración conserva facultades ordenadoras del interior del sistema, dispone de una suprema potestad habilitante para el ejercicio de estas funciones por sujetos privados sobre los que, además, ostenta facultades de control y tutela. Como es sabido, el mercado en sentido amplio —consumidores y/o usuarios, productores, fabricantes, empresarios, etc.— es el destinatario, primero y principal, de todas las declaraciones acreditativas de la calidad que venimos examinando.

Tras este breve paréntesis, retomando nuestro tema central de estudio, cabe decir que las marcas de garantía por definición tutelan, de manera prioritaria, intereses colectivos, es decir, los intereses de los consumidores e, incluso, intereses que pueden ser calificados de generales o públicos. La tutela de los consumidores con las marcas de garantía se produce por la vía del mensaje que la marca les transmite y que se concreta en una información cualificada en virtud

[27] Tarrés Vivés (2000); Esteve Pardo (2002).

del contrato al que está sujeto el uso de la marca, el cual redunda en los productos y servicios a los que acompaña. Una información que la marca de garantía suministra a los consumidores en el instante de la elección del producto o servicio, en cuestión. Es decir, en el momento precontractual que siempre encierra un cierto riesgo para los consumidores y usuarios. Esa marca inspira en el consumidor la seguridad de que la característica que la misma indica como concurrente en el producto o servicio, en cuestión, va a estar presente en el mismo[28].

La marca de garantía sirve como instrumento competitivo en el mercado de bienes y servicios. Así, como un sector de la doctrina[29] determina, las marcas de garantía cumplen una función distintiva respecto a que diferencian en el mercado los productos o servicios a los que acompañan de aquellos otros, de la misma clase, desprovistos de ese signo y, por tanto, carentes de la característica identificada con la marca de garantía conforme al Reglamento de uso. De este modo, según tal opinión, la marca de garantía no es un signo distintivo sino que constituye un signo de aviso para los consumidores y/o usuarios en el sentido que identifica cierta cualidad adicional en ese producto o servicio, con respecto a los de la misma clase. De conformidad con lo expuesto, en las marcas de garantía la función indicadora del origen empresarial, genuina de las marcas de empresa —arts. 4 y 62 LM— se desvanece y pasa a un primer plano la función indicadora de la calidad en la esfera estrictamente jurídica. Esa función hay que entenderla como la obligación de mantener una constancia relativa de la calidad y características específicas de los productos o servicios que la portan. Debe, por tanto, atenderse especialmente a la labor de certificación que las marcas de garantía incorporan.

La función de certificación hay que entenderla en el sentido de que la marca de certificación o de garantía indica a los consumidores y/o usuarios que los productos o servicios cubiertos por ella reúnen cierta característica común y un determinado nivel de calidad[30] actuando como una promesa de garantía frente al público o una impresión de certeza[31] cuya violación constituirá un acto de engaño[32]. No es que haya un régimen jurídico específico para exigir la cualidad concreta sino que el propio régimen jurídico de las marcas de garantía tutela la realidad de la función aquí referida por vía del derecho sobre la marca

[28] Ghidini (2002).
[29] Largo Gil (2006).
[30] Casado Cerviño (1990).
[31] Baylos Corroza (1993); Gómez Lozano (2003).
[32] Vicent Chuliá (1991); Largo Gil (1993).

y las obligaciones asumidas por los autorizados al uso. La presencia de la característica común concreta y el nivel de calidad prometidos resulta garantizada por el control que al efecto acomete la propia Administración sea de manera directa sea indirectamente por vía del titular de la marca que, en otro caso, resulta sancionado por la ley con la caducidad de la marca.

Esta función de certificación e indicadora de calidad de la marca de garantía no se reduce a una garantía de inmutabilidad en relación al producto o servicio originariamente marcado sino que presupone que el titular de la marca de garantía, en ejercicio de la carga de control que le impone el ordenamiento y los usuarios de la misma debidamente autorizados al efecto, deberá mantener una constancia relativa de la calidad y de las características específicas de los productos o servicios marcados. No impide, pues, una mejora de la calidad de los mismos. Lo que no permite, en modo alguno, es una rebaja sensible de la calidad ni tampoco la introducción de modificaciones sustanciales en los productos o servicios, lo que llevaría al engaño del consumidor.

Madrid Excelente es una marca de garantía dirigida a grandes, pequeñas y medianas empresas tanto nacionales como internacionales. Para su solicitud es suficiente con que tales entidades tengan una oficina comercial o productiva en la Comunidad Autónoma de Madrid, cuenten con al menos tres años de existencia, buenos resultados empresariales y tendencias positivas y, por último, tengan implantado un sistema de gestión en la organización.

La marca de garantía que comentamos dota a las empresas que lo ostenten de un elemento diferenciador respecto a la competencia y de un signo de prestigio frente a la sociedad ya que el prestador de servicios que ostente el sello de calidad pondrá de manifiesto frente al consumidor que cumple con los exigentes presupuestos establecidos en el Reglamento de uso por el que se rige Madrid Excelente y que, por tanto, es una empresa de confianza.

El objetivo que se persigue con Madrid Excelente es triple: 1. fomentar la cultura de calidad y la excelencia de las empresas de la región; 2. aumentar la competitividad para potenciar la actividad económica en la Comunidad Autónoma de Madrid y; 3. promover la excelencia empresarial de Madrid a nivel nacional e internacional.

En la actualidad, más de 170 empresas de la Comunidad Autónoma de Madrid exhiben la marca de Madrid Excelente. El 62% de las empresas que la ostentan son pequeñas y medianas empresas, el 32% grandes empresas y el 6% organizaciones públicas, ONG, y determinadas asociaciones y colectivos profesionales.

En cuanto a los sectores de actuación de las empresas que ostentan la marca que analizamos cabe destacar el de la construcción,

seguros y entidades financieras, transporte, sanidad, telecomunicaciones y nuevas tecnologías, alimentación, química, industrial, automoción, enseñanza, organizaciones, turismo y hostelería, gas y electricidad, y comunicación. Como vemos, las empresas que merecen el distintivo de Madrid Excelente pertenecen a un amplio abanico de sectores comerciales.

3.2.2. Proceso de concesión: la licencia de uso

La marca de garantía Madrid Excelente se concede a las empresas cuando cumplen con los criterios contemplados en el modelo de referencia de la marca enunciada —desarrollado por la Fundación Madrid por la Excelencia—. Este modelo está inspirado en los ocho conceptos fundamentales sobre los que también se apoyan el resto de los modelos de excelencia de gestión (modelo iberoamericano, Deming, EFQM, etc.) pero, a diferencia de los mismos, presenta la particularidad de dar especial importancia, para la evaluación de las empresas a los conceptos, a las cuestiones de la responsabilidad social y de confianza de los consumidores/clientes.

El modelo de referencia implantado por la marca de garantía Madrid Excelente asegura que las empresas que obtengan la misma cumplen unos requisitos sobre concienciación social y medioambiental puesto que es necesario que las empresas estén implicadas en la protección del entorno a través de la implantación de sistemas de gestión medioambiental así como implementar acciones relativas a la responsabilidad social corporativa, códigos de buen gobierno y sistemas de gestión ética, entre otros. Además, Madrid Excelente hace especial énfasis en la innovación, la mejora constante, la satisfacción de las personas y en la contribución activa en el desarrollo social y económico de la región.

Para que un determinado establecimiento pueda mostrar públicamente el distintivo acreditativo de una marca de garantía habrá tenido necesariamente que asumir, con carácter previo, su obligación de cumplir, de manera escrupulosa, el contenido del Reglamento de uso en el que la marca de garantía se fundamenta. A fin de que los consumidores puedan apreciar las buenas prácticas comerciales que el empresario asegura desarrollar deberá exhibir el correspondiente sello de confianza que así lo acredita. Cabe poner de manifiesto que la muestra del icono de Madrid Excelente no comporta para el prestador de servicios que esté autorizado para ello el pago de una cantidad económica pues el uso del mismo es gratuito.

Procede aludir al instrumento jurídico en virtud del cual se autorizará, por parte de la entidad promotora, la exhibición, en el

correspondiente establecimiento de la entidad concesionaria, del sello de confianza revelador de que ésta última se encuentra comprometida con el Reglamento de uso al que la marca de garantía corresponde. Nos referimos al contrato de licencia de marcas que tiene por objeto la cesión del uso del signo para la totalidad o parte de los servicios para los cuales está registrado. En nuestro caso, el signo distintivo —el sello de confianza representativo de la marca Madrid Excelente— sólo podrá ser exhibido en el establecimiento comercial como en los medios publicitarios u otros instrumentos diversos —como facturas, albaranes, tarjetas, etc., pero no en los productos comercializados por la empresa que lo exhiba. A continuación, examinaremos el contrato de licencia de marcas en general para, posteriormente, centrarnos en el caso que nos ocupa y, cuando proceda, hacer las consideraciones que resulten oportunas.

Respecto al contrato de licencia de marcas, que fue regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la anterior Ley de marcas de 1988, interesa puntualizar que su definición ha sido elaborada por la doctrina ya que las disposiciones legales que se refieren a este contrato regulan sólo parcialmente su contenido pero no lo definen. Este contrato, en la actualidad, no se encuentra legalmente definido aunque, todo hay que decirlo, ya se reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley de marcas de 1988 dado que la licencia de marcas es una figura muy utilizada[33]. Paralelamente, tampoco la Ley de patentes de 1986, que disciplina la licencia en los artículos 74 y siguientes, contiene un concepto de este contrato.

La licencia de marca puede ser definida como el contrato mediante el cual el titular de la marca, licenciante, autoriza a un tercero, licenciatario, a usar la marca, durante un tiempo determinado, a cambio de la regalía o precio pactado[34]. Respecto a la definición esgrimida cabe advertir que un sector de la doctrina[35] interpreta que la retribución es un elemento natural y no esencial del contrato de licencia, de modo que las licencias gratuitas serían admisibles aunque no sean demasiado frecuentes en la práctica[36]. Otra corriente doctrinal[37], por el contrario, considera que la onerosidad de la licencia constituye un elemento esencial. Cabe anticipar que, en línea con la

[33] Romaní Sopena (1990); Ortuño Baeza (1997) y (2000).

[34] Broseta Pont y Martínez Sanz (2008); Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte (2007).

[35] Roncero Sánchez (1999).

[36] Chavanne y Burst (1980); Ghidini y Hassan (1984); Frignani (1986); Massaguer Fuentes (1989).

[37] Fernández Novoa y Gómez Segade (1984); Gallego Sánchez (1991); Gómez Segade (1995); Martín Arestí (1997).

postura doctrinal anterior, debemos admitir la licencia gratuita, si bien ello comporta la aplicación de un régimen jurídico distinto[38]. Por lo que a la cesión de uso del distintivo de confianza cabe determinar que, en ciertos supuestos, se admite la posibilidad de que sea gratuita como es el caso de Madrid Excelente.

Desde el punto de vista económico, el contrato de licencia permite que el otorgante de la autorización para el uso de una marca se beneficie del aumento del prestigio de la marca puesto que se incrementa la comercialización de los productos o servicios designados con esta marca y, con ello, su grado de implantación y de la percepción del canon o contraprestación estipulada entre las partes. En el caso de los sistemas de autorregulación así acontece si bien lo que tiene lugar es, en cierto sentido, un incremento del prestigio del servicio que el sistema de autorregulación en materia de consumo supone. La marca, gestionada por la Fundación Madrid por la Excelencia, se puede conceder a cualquier organización que preste algún tipo de servicio en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Respecto al licenciatario, la otra parte contratante, éste se beneficia al incorporar una marca ya conocida al servicio sin tener que invertir ni tiempo ni dinero en marketing y, en algunos casos, sin, ni siquiera, tener que diseñar un nuevo producto o servicio con el que comercializar. Simplemente debe ofrecer unas propiedades del producto o servicio, conformes con su naturaleza y de la misma calidad que las que ofrece el licenciante. En nuestro caso, hemos de advertir que la incorporación del sello de confianza únicamente acredita el cumplimiento del Reglamento de uso al que aquél sirve de soporte gráfico. En otras palabras, representa un compromiso con las mejores prácticas en materia de consumo contribuyendo a beneficiar y potenciar los intereses de todos los madrileños sin que resulte, en modo alguno, admisible, como ya hemos manifestado, la posibilidad de incorporar el logotipo gráfico a los productos comercializados por la empresa licenciataria.

La licencia de la marca significa básicamente autorizar a terceros su facultad exclusiva a usarla en el mercado, y, simultáneamente, implica ceder a un tercero el derecho a designar con la marca sus productos o servicios, a introducir en el mercado los productos o servicios identificados con ella, así como a utilizarla con fines publicitarios. Es esta última faceta la que se pretende alcanzar, en el ámbito de los sistemas de autorregulación que comentamos, con la cesión de uso de la marca.

[38] Franquet Sugrañes (2003).

Pese a la importancia de la licencia de marca, resulta, incluso, paradójico que se regule de manera tan escueta en la ley pudiendo colmarse muchas de las lagunas que existen acudiendo a la regulación prevista para los contratos más próximos cuales, entre otros, son la licencia de patentes y el arrendamiento de cosas[39]. Ahora bien, dado que la regulación de la licencia es incompleta, es preciso insistir en la conveniencia de que las partes contratantes, en virtud del principio de la autonomía privada reconocido en el artículo 1255 del Código Civil, pacten las medidas que consideren necesarias para regular su relación jurídica, sobre todo, en cuanto se refiere a las medidas de control del uso que se hace de la marca, como medida de protección a los consumidores[40].

En el contrato de licencia, el licenciante se reserva la facultad de comprobar que la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario sea la misma que la de los productos o servicios del licenciante. En nuestro caso, el licenciatario —entidad promotora—, a través de auditorías periódicas —de carácter anual—, verificará que el prestador de servicios, concesionario de la marca de garantía Madrid Excelente, sea respetuoso con los compromisos asumidos que son los que, en esencia, se establecen en el Reglamento de uso.

Así, como ha puesto de relieve la doctrina[41] es posible concebir el contrato de licencia como una institución única y dotada de un régimen jurídico unitario. El contrato de licencia como género consistiría en un otorgamiento temporal de un derecho de uso sobre un bien inmaterial[42]. En cambio, el contrato de licencia como especie o modalidad se configuraría en función de la clase de bien inmaterial de que se trate.

Es significativo advertir que, en ocasiones, el contrato de licencia puede ser el único que forme parte de una relación negocial, como sucede, en el contrato que regula el art. 48 de la Ley de marcas de 2001. En éste se regula un tipo de licencia específico: la cesión del uso de una marca registrada.

La actual Ley de marcas, de forma similar a lo que dispone la Directiva sobre marcas —art. 8.2 Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988—, tampoco atribuye, directamente, al licenciante la obligación de controlar la calidad de los productos o servicios fabricados o suministrados por el licenciatario bajo la marca

[39] Broseta Pont y Martínez Sanz (2008).
[40] Casado Cerviño (1983); Fernández Novoa (1990); Cuñat Edo (1996).
[41] Echevarría Sáenz (1995).
[42] Roncero Sánchez (1999).

licenciada[43]. El segundo apartado de su artículo 48 dispone que "los derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciatario que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a [ ] la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario".

En efecto, la nueva Ley de marcas prevé que el licenciante, en el caso de que las partes contratantes hayan pactado un determinado nivel de calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados y el licenciatario lo infrinja, invoque el *ius prohibendi*; pero no le impone ningún deber de control sobre la calidad de los productos o servicios ofrecidos. En el ámbito de los sistemas de autorregulación existe la posibilidad de que, cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones estipuladas en el Reglamento de uso, los prestadores de servicios concesionarios —que, en ese momento, sean licenciatarios del respectivo logotipo acreditativo de la marca de garantía— sean expulsados del sistema de autorregulación y, con ello, pierdan el derecho a continuar exhibiendo, tanto en su establecimiento como en la publicidad, el sello de calidad. En efecto, sin perjuicio del casuismo recogido en el Reglamento de uso regulador de la marca de garantía, Madrid Excelente no podrá ser utilizada de manera que pueda causar descrédito, perjudicar su reputación o inducir a error a los consumidores sobre las características del servicio al que se aplica la marca de garantía.

El artículo 48 de la nueva Ley de marcas regula este aspecto de la licencia de marcas en el mismo sentido que la Directiva, sin embargo, por lo que se refiere a otros aspectos amplía la regulación de este contrato. Ciertamente, en el apartado tercero, prohíbe expresamente al titular de una licencia "cederla a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario". En el ámbito de Madrid Excelente se respetar la citada regla general dado que sólo se permite que el titular concesionario exhiba el sello sin que resulte, en modo alguno, admisible que el mismo lo ceda a terceros. En otras palabras, la marca de garantía que analizamos solo podrá ser utilizada por la empresa expresamente autorizada por su titular y la entidad gestora autorizada, no pudiendo ésta ceder o sublicenciar, total o parcialmente, los derechos que se deriven de tal autorización a título alguno.

El apartado cuarto considera que "salvo pacto en contrario, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los

43 Fernández-Novoa (1995).

cuales la marca esté registrada". En el caso de Madrid Excelente, la citada marca solo podrá ser utilizada por las personas autorizadas expresamente, en las condiciones y con los requisitos específicos que determine la licencia de uso así como exclusivamente para los servicios concretamente autorizados.

Por lo que atañe al tipo de licencia, el apartado quinto considera que "se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder otras licencias y utilizar por sí mismo la marca". De hecho, tal previsión representa una de las principales notas caracterizadores de los sistemas de autorregulación en materia de consumo dado que aspiran a alcanzar la mayor cuota de mercado posible. En otros términos, la razón de su creación, precisamente, estriba en lograr el mayor número posible de empresas que operen en los sectores de actividad sobre los que el Reglamento de uso versa lo que, a su vez, supondrá la concesión de las oportunas licencias de marca. Existe una previsión en la que conviene incidir que viene precisamente determinado por el hecho de que, como regla general, el licenciante, la entidad promotora, no hace uso de la marca para comercializar sus productos o servicios si bien es cierto que suele realizar una importante labor de promoción del sistema.

Finalmente, añade, en el apartado sexto, que "cuando la licencia sea exclusiva el licenciante sólo podrá utilizar la marca si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho".

Pese a la incorporación de estos preceptos, tanto desde el punto de vista de nuestro Derecho, como de la normativa comunitaria, la licencia se regula, en términos generales, tal y como hemos advertido, de forma incompleta. En consecuencia, es trascendental destacar la enorme importancia que tiene la intervención activa de las partes en estos contratos con el fin de insertar las cláusulas necesarias para regular la relación jurídica entre ambas y proteger sus intereses, más allá de la regulación legal.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ LATA, N. (2005) *"Publicidad"*. En BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 163-207.

APARICIO VAQUERO, J. P. (2004) *"Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos"*. En MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.) y APARICIO VAQUERO, J. P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex y Caja Duero, Madrid, pp. 471-510.

ARRANZ ALONSO, L. (2003) *"Los contratos del comercio electrónico"*. En MATEU DE ROS CEREZO, R. y LÓPEZ-MONIS GALLEGO, M. (Coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, pp. 197-269.

BAYLOS CORROZA, H. (1993) *"Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal"*, 2ª edición, Civitas, Madrid.

BOCK, A. (2000) *"Gütezeichen als Qualitätsaussage im digitalen Informationsmarkt"*, Toeche-Mittler, Darmstadt.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2008) *"Manual de Derecho Mercantil*, Vol. 1, 15ª edición, Tecnos, Madrid.

CANTERO MARTÍNEZ, J. (2005) *"La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo: el recurso a la denominada "autorregulación regulada"*. En PUNZÓN MORALEDA, J. (Coord.), *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, pp. 309-348.

CASADO CERVIÑO, A. (1983) *"Relieve del control en la licencia de marca"*, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 9, pp. 125-160.

CASADO CERVIÑO, A. (1990) *"Marcas colectivas y de garantía, marca derivada, marca internacional. El nombre comercial y el rótulo de establecimiento"*, *Actualidad Civil*, núm. 3, pp. 663-683.

CHAVANNE, A. y BURST, J. J. (1980) *Droit de la propriété industrielle"*, Paris.

CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A. (1996) *"El artículo 8 LGDCU en la jurisprudencia"*, *Aranzadi Civil*, núm. 2, pp. 129-148.

CUÑAT EDO, V. (1996) *"Los contratos sobre la marca comunitaria"*. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Marca y Diseño Comunitarios*, Aranzadi, Madrid, pp. 147-166.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. (2005) *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. (1995) *"El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas"*, Mc Graw Hill, Madrid.

ESPINOSA CALABUIG, R. (2001) *"La publicidad transfronteriza"*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ESTEVE PARDO, J. (2002) *"Autorregulación. Génesis y efectos"*, Aranzadi, Navarra.

FERNÁNDEZ NEIRA, C. (2003) *"Vientos de regulación para la autorregulación: la futura Directiva marco sobre prácticas desleales"*, *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 74.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. (1990) *"Derecho de marcas"*, Montecorvo, Madrid.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. (1995) *"El sistema comunitario de marcas"*, Montecorvo, Madrid.

FERNÁNDEZ NOVOA, C. y GÓMEZ SEGADE, J. A. (1984) *"La modernización del derecho español de patentes"*, Montecorvo, Madrid.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2007) *"Derecho de los negocios internacionales"*. En FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. ARENAS GARCÍA, R. y MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, pp. 25-84.

FERNANDO MAGARZO, M. R. (2008) *"La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial"*, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 135.

FONT GALÁN, J. I. (1988) *"La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa"*, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, pp. 7-48.

FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) "El contrato de licencia de personality merchandising", Tesis doctoral, Universidad Rovira I Virgili.

FRIGNANI, A. (1986) *"Il Diritto del del Commercio Internazionale"*, Ipsoa, Turín.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. (1991) *"La franquicia"*, Trivium, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006) *"Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas"*, Civitas, Madrid.

GHIDINI, G. (2002) *"Aspectos actuales del Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia"*, Comares, Granada.

GHIDINI, G. y HASSAN, S. (1984) *"Diritto Industriale. Comentario"*, Ipsoa, Milán.

GIERL, H. y WINKLER, S. (2000) *"Neue Gütezeichen als Qualitätssignale, Marketing ZFP"*, Vol. 1, núm. 3, pp. 197-207.

GÓMEZ LOZANO, M. M. (2003) *"Comentario al artículo 68"*. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir. adjunto), *"Comentarios a la Ley de Marcas"*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 971-983.

GÓMEZ SEGADE, J. A. (1995) *"Licencia de patente"*. En MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *"Enciclopedia Jurídica Básica"*, Tomo 3, Civitas, Madrid, pp. 4111-4116.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (2006) *"La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial"*, Centro de Estudios de Consumo y Universidad de Castilla de La Mancha.

INFANTE RUIZ, F. J. (2004) "La *integración del contrato con el contenido de la publicidad: Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003"*, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, pp. 195-212.

KROEBER-RIEL, W. y WEINBERG, P. (2003) *„Konsumentenverhalten"*, 8ª edición, Vahlen, Munich.

KUHLMANN, E. (1990) *"Verbraucherpolitik: Grundzüge ihrer Theorie und Praxis"*, Vahlen, Munich.

LARGO GIL, R. (1993) *"Las marcas de garantía"*, Civitas, Madrid.

LARGO GIL, R. (2006) *"Las marcas colectivas y las marcas de garantía"*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra.

LINDE PANIAGUA, E. (2005) "El *sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea"*. En LINDE PANIAGUA, E. (Coord.), *"Principios de Derecho de la Unión Europea"*, 2ª edición, Colex, Madrid, pp. 369- 517.

LOBATO, M. (2007) *"Comentario a la Ley de Marcas"*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) *"El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta", Repertorio de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Thomson Aranzadi, núm. 20.

MARTÍN ARESTÍ, P. (1997) *"La licencia contractual de patente"*, Aranzadi, Navarra.

MASSAGUER FUENTES, J. (1989) *"El contrato de licencia de know How"*, Bosch, Barcelona.

MASSAGUER FUENTES, J. (1995) *"Marcas"*. En MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *"Enciclopedia Jurídica Básica"*, Tomo 3, Civitas, Madrid.

MASSAGUER FUENTES, J. (2006) *"El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales"*, Thomson Civitas, Madrid.

MEDINA MALO DE MOLINA, E. (2003) *"Comunicaciones comerciales por vía electrónica: códigos de conducta, resolución judicial y extrajudicial de conflictos"*. En MATEU DE ROS CEREZO, R. y LÓPEZ-MONIS GALLEGO, M. (Coords.), *"Derecho de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico"*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 519-554.

MOLES PLAZA, R. J. (2004) *"Derecho y control en Internet. La regulabilidad de Internet"*, Ariel, Barcelona.

MORALES MORENO, J. A. (1988) *"Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el artículo 8 LGDCU)"*. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 8, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 667-694.

ORTUÑO BAEZA, M. T. (1997) *"Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia"*. En CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dirs.) y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coord.), *"Contratos internacionales"*, Tecnos, Madrid, pp. 1505-1568.

ORTUÑO BAEZA, M. T. (2000) *"La cesión de la marca"*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, pp. 75-144.

PASQUAU LIAÑO, M. (1992) *"Comentario al artículo 8 LGDCU"*. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y Salas, J. (Coords.), *"Comentarios a la LCU"*, Tecnos, Madrid.

PATIÑO ALVES, B. (2007) *"La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español"*, Bosch, Barcelona.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2000) *"El comercio electrónico. (Una breve reflexión de política legislativa)"*. En MATEU DE ROS CEREZO, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (Coords.), *"Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma digital"*, Aranzadi, Pamplona, pp. 85-98.

PEINADO GRACIA, J. I. (1998) *"Comparación y denigración publicitarias de la "imagen" de empresas indirectamente aludidas"* (Reflexiones con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997), *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 230, octubre-diciembre, pp. 1601-1651.

PERALES VISCASILLAS, M. P. (2005) *"Publicidad y formación del contrato"*, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 64, pp. 47-59.

REYES LÓPEZ, M. J. (1997) *"El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios"*, *Estudios sobre Consumo*, núm. 43, pp. 63-86.

ROMANÍ SOPENA, J. L. (1990) *"Cesión y licencias en la nueva regulación legal y en la normativa comunitaria"*. En *Jornadas de Estudio sobre la nueva regulación legal del derecho de marcas*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona.

RONCERO SÁNCHEZ, A. (1999) *"El Contrato de Licencia de Marca"*, *Civitas, Madrid.*

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2007) *"Instituciones de Derecho Mercantil"*, Vol. 1, 29ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra.

SCHULZ, W. (1995) *"Kampf der Fiktionen: Paragraphen gegen reitende Leichen. Grenzen regulativer und Chancen kontextualer Steuerung von Fernsehinhalten am Beispiel von Gewaltdarstellungen"*. En FRIEDRICHSEN, M. y VOWE, G. (Eds.), *"Gewaltdarstellungen in den Medien: Theorien, Fakten und Analysen*, Westdeutscher Verlag", Opladen, pp. 349-367.

SHAPIRO, A. L. (2002) *"Herramientas para la democracia"*. En MAYOR MENÉNDEZ, P. y AREILZA CARVAJAL, J. M. (Coords.), *"Internet, una profecía"*, Ariel, Barcelona, pp. 15-32.

SOLER MATUTES, P. (2006) *"La fase previa a la contratación o fase precontractual: el deber de información"*. En SOLER MATUTES, P. (Dir.), Piattini Velthuis, M. e Ilustre Colegio de Ingeniería en Informática de Cataluña (Coords.), *"Manual de Gestión y Contratación Informática"*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 341-384.

TARRÉS VIVÉS, M. (2000) *"Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización"*, *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 26, pp. 119-155.

TATO PLAZA, A. (2005) *"La autodisciplina publicitaria"*, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102.

VÁZQUEZ RUANO, T. (2008) *"La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas"*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

VICENT CHULIÁ, F. (1991) *"Compendio Crítico de Derecho Mercantil"*, 3ª edición, Tomo 1, Vol. 2, Bosch, Barcelona

COMENTARIOS

LA ELUSIÓN EN FRAUDE DE LEY DE LAS OBLIGACIONES DE EMPRESARIO PRINCIPAL Y CONTRATISTA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

POR
ALBERTO QUINTÁNS CALVELO
LETRADO INTERINO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1.PLANTEAMIENTO. 1.1. Objeto del artículo. 1.2. Marco normativo. 2. DELIMITACIÓN DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS EN ESTA MATERIA AL EMPRESARIO PRINCIPAL Y A LOS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS. 2.1 Criterio legal. 2.2 Interpretación jurisprudencial. 3. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 42.3 LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL. 3.1. Normativa legal. 3.2. Pactos contractuales tendentes a eludirla y su justificación. 3.3. Su calificación como fraude de ley. 3.3.1. Concepto doctrinal, legal y jurisprudencial del fraude de ley. 3.3.2. Calificación como fraude de los pactos analizados. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PLANTEAMIENTO

1.1. Objeto del artículo

El objeto del presente artículo es el de determinar si constituyen o no fraude de ley aquellos pactos contractuales suscritos entre empresario principal y contratista por los que se hacen recaer exclusivamente sobre este último las responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones que les vienen impuestas legalmente en materia de prevención de riesgos laborales.

Para ello, y tras unas consideraciones introductorias relativas al marco legal vigente, nos referiremos a las obligaciones legalmente impuestas a los empresarios principales y a los contratistas y subcontratistas; al alcance que la jurisprudencia otorga a tales obligaciones; a los pactos suscritos para eludirlas; al concepto de fraude de ley y, finalmente, al criterio de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, en el sentido de considerar efectivamente tales pactos como constitutivos de fraude de ley y, en consecuencia, infracción muy grave del artículo 13.14 LISOS.

Así, tal y como veremos a continuación, la actitud del legislador ante los supuestos de subcontratación es de extremada cautela, estableciendo

una responsabilidad de carácter solidario y calificando como infracción muy grave los actos que, en fraude de ley, traten de eludirla. Este tratamiento legislativo ante el fenómeno, cada vez más extendido, de las contratas y subcontratas no es, en modo alguno, exclusivo del ámbito de la prevención de los riesgos laborales sino que presenta diversas manifestaciones en el ámbito fiscal y laboral; sirva como ejemplo el art. 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores a cuyo tenor: "*1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.*

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata".

1.2. Marco normativo

Debemos partir de la indudable trascendencia que ha adquirido la prevención de riesgos laborales en nuestro ordenamiento jurídico, reflejando una acusada conciencia social ante unas cifras de siniestralidad que sitúan a España, tristemente, a la cabeza de los países de nuestro entorno[1]; así, el carácter tuitivo que informa la legislación laboral se hace especialmente patente en este ámbito partiendo del

[1] Los datos del Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales correspondientes al año 2008 reflejan un total de 1.022.067 accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo (826 de ellos mortales) y 97.086 accidentes de trabajo con baja "in itinere" (341 de ellos de carácter mortal); estos mismos datos, actualizados a 6 de noviembre de 2009, reflejan que se han producido en España en el periodo enero-agosto de 2009, un total de 400.261 accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo (413 de ellos de carácter mortal, lo que supone un descenso del 26% respecto del mismo periodo del año anterior) y 49.646 accidentes de trabajo con baja "in itinere" (132 de ellos mortales, con un descenso del 24%). España presenta una tasa de siniestralidad laboral de 5,8 fallecidos por cada 100.000 trabajadores que supera en más del 30% la media de la Unión Europea.

acervo jurídico comunitario (constituido fundamentalmente por la Directiva 89/391/CEE), de los compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo y del mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 de nuestra Carta Magna que dispone que "*[...] los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo [...]*", constituyendo uno de los principios rectores de la política social y económica, contenidos en el Capítulo III de su Título I (arts. 39 a 52).

La norma básica está constituida por la Ley de Prevención de riesgos laborales 31/1995 de 8 de noviembre cuyo objeto es el de promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo (art. 2º).

Su art. 14.1 establece el **derecho** de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo **deber** del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Añade el art. 14.2 párrafo primero que, "en cumplimiento de su deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el Capítulo IV de esta Ley".

Asimismo, el art. 42.1 afirma que "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas [...]", siendo empresario, conforme a la definición legal contenida en el artículo. 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto.Refundido. del Estatuto de los Trabajadores, todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (trabajadores).

2. DELIMITACIÓN DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS EN ESTA MATERIA AL EMPRESARIO PRINCIPAL Y LOS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS

2.1. Criterio legal

Dispone el artículo 42.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 agosto, según redacción dada por Ley 54/2003 de 12 de diciembre que: "*La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal*".

Por su parte, el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de noviembre establece que: "*Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales*".

2.2. Interpretación jurisprudencial

Para delimitar el alcance de estos preceptos resulta altamente ilustrativa la **Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 29 de junio de 2007** según la cual: "concurriendo una o varias empresas más subcontratadas por la principal al centro de trabajo de esta última, el incumplimiento de las obligaciones reglamentarias será responsabilidad directa, de primer grado, de la empresa subcontratista a la que pertenecen esos trabajadores, situación en que, en virtud de lo previsto en los artículos 24.2 de la LPRL y 42.3 de la LISOS, la empresa principal titular del centro de trabajo en el que se hallan esos trabajadores, va a responder también, solidariamente con el subcontratista, del incumplimiento por este último de las medidas de prevención que la norma le impone a ella directamente, y el fundamento de esa responsabilidad solidaria para la principal, es que ella es la titular del centro de trabajo y es la

responsable máxima de la obra que en tal centro de trabajo tiene lugar, y en virtud de estas circunstancias y del control de todo lo que allí sucede y de las facultades de organización que por tanto ostenta, correlativamente se le hace responder solidariamente con la empresa subcontratista incumplidora con sus propios trabajadores de las obligaciones impuestas por la normativa reglamentaria de aplicación.

Puede observarse que, en este último caso, la responsabilidad de la empresa principal ya no es directa o de primer grado, puesto que no es ella la que ha incumplido con las obligaciones que la normativa impone a la empresa subcontratista empleadora, pero por su especial posición de principal y de titular del centro de trabajo, la LISOS le hace responder solidariamente con la subcontratista. Así, tal como recuerdan **las Sentencias de 10 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/64408) y 26 de enero de 2002 (EDJ 2002/2003), del Tribual Supremo** que han interpretado el artículo 40 párrafo 2º de la Ley 8/1988 (antecedente del artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, si bien en éste la responsabilidad es claramente solidaria), se parte de que la presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Debe velarse por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista. Es admisible que al lado de las concretas obligaciones que corresponden a la contratista se establezcan otras más generales para el empresario principal, pues cuando se ha celebrado algún subcontrato los trabajadores de la contratista desempeñan su prestación laboral en instalaciones que no pertenecen a la empresa a la que están vinculados, lo que los hace más vulnerables a este tipo de riesgos y, por otra parte, la empresa contratista no va a poder cumplir con todas las obligaciones en la materia al no controlar el centro de trabajo.

Por consiguiente, la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que deriva de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividad propia".

En definitiva, la responsabilidad del empresario principal y del contratista y subcontratista en materia de prevención de riesgos laborales, presenta, según el criterio jurisprudencial las siguientes **notas:**

a) La responsabilidad solidaria que se impone a la empresa principal **no es una responsabilidad objetiva sino una responsabilidad basada en la negligencia o incumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación** que es impuesta a todo empresario que en calidad de principal subcontrata con otros la obra que a él se le ha encargado **(Sentencia TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª de 20 de febrero de 2009)**.
En consecuencia, se está así rechazando que se imponga una responsabilidad objetiva con infracción del artículo 25 CE, señalando la citada **Sentencia del TS de 10 de diciembre de 2001** que: "Por consiguiente, la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que derivan de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias.
Como declara la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2001, recurso de casación 452/1996 EDJ 2001/31295, ante el dilema de si el artículo 40.2 EDL 1988/11436 establecía una responsabilidad objetiva o, si por el contrario, no eliminaba la exigencia del elemento de culpabilidad para la imposición de la sanción administrativa, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional (**Sentencia 76/1990 EDJ 1990/4435**, entre otras) se inclinan a mantener la segunda de dichas posturas".

b) **Se respeta**, con esta interpretación, **el principio de personalidad de la pena** a pesar de que el legislador haya seguido, en palabras del **TSJ del País Vasco, Sentencia de 16 de octubre de 2007**, "una defectuosa técnica legislativa al caracterizar la responsabilidad como solidaria evocando la responsabilidad civil"; así, citando la **Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de mayo de 2007:** "La sanción recurrida no vulnera, por lo tanto, el principio de personalidad de la pena, en cuanto que impusiera una sanción a una empresa, aquella que mantiene la relación laboral con el trabajador que resultó accidentado [...] y se hiciera luego extensiva esta responsabilidad a otra empresa unida con aquélla por diversas relaciones contractuales de obras, sino que, por el contrario, se parte de la existencia de unas comunes obligaciones entre todas las empresas que realizan las obras a todas las cuales el ordenamiento jurídico las hace garantes de una obligación de seguridad en el trabajo, siendo tal obligación

de carácter solidario, por lo que de tal vínculo de solidaridad de la obligación principal deriva también una común solidaridad en la responsabilidad sancionadora".

Del análisis de la jurisprudencia que ha servido de base a este artículo podemos extraer los siguientes **criterios interpretativos** que han servido para fundamentar la posición jurisprudencial expuesta:

1º) **Una interpretación histórica**: el antecedente remoto de la actual regulación se encuentra en el artículo 153 de la Ordenanza general de Seguridad e Higiene cuyo párrafo segundo disponía que "la empresa principal responderá solidariamente, con los contratistas y subcontratistas, del cumplimiento de las obligaciones que impone esta ordenanza respecto de los trabajadores que aquéllas ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal", precepto que la jurisprudencia (STS de 5 de febrero de 2002) entendió derogado por el artículo 42 L. 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores.
Posteriormente, hay que considerar la distinción entre los supuestos de responsabilidad empresarial que se regulaban en el párrafo 1º del artículo 40 de la Ley 8/1988 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, vigente hasta el 1 de enero de 2001 —responsabilidad solidaria del cumplimiento de obligaciones salariales y frente a la Seguridad Social en casos de subcontrata, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas— y los supuestos de responsabilidad del párrafo 2º —responsabilidad de la empresa principal por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene en los casos de contrata o subcontrata— y que tenía su razón de ser en el hecho de que el segundo párrafo estableciese de modo directo la responsabilidad del empresario principal, al margen de la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el contratista o subcontratista del cual dependían directamente los trabajadores.

2º) **Una interpretación sistemática**: al encontrarse el artículo 42.3 LISOS inserto en una ley de naturaleza sancionadora, debiendo tenerse presente que los principios inspiradores del Derecho Penal, y desde luego el principio de culpabilidad, son aplicables, con ciertos matices, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

3º) **Una interpretación lógica**: así, el hecho de que se excluya la responsabilidad cuando la actividad en que tiene lugar el

incumplimiento no es la propia del empresario principal o cuando el incumplimiento no se produce en el propio centro de trabajo demuestra que la responsabilidad del empresario principal se vincula a la obligación que se le impone de velar por las normas de seguridad e higiene en sus propios centros y en la actividad que le es propia incluso respecto de los trabajadores pertenecientes a las empresas contratadas o subcontratadas. En definitiva, puede afirmarse que **se da por supuesto el principio de culpabilidad** en la medida en que se relaciona la responsabilidad de la empresa con requisitos demostrativos del incumplimiento negligente o intencional de dichas normas.

3. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 42.3 DE LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

3.1. Normativa legal

La trascendencia del mecanismo de la solidaridad y del deber de los empresarios de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales ha determinado que el artículo 42.3 párrafo 3º LISOS disponga que: *"Los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno"*.

Además, tipifica el art. 13.14 de la misma Ley, en redacción dada al mismo por Ley 54/2003 de 12 diciembre de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, como infracción muy grave *"la suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley"*[2].

[2] Según la Exposición de motivos de la citada Ley 54/2003: "Mención singular merece la tipificación como infracción muy grave de la suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo que, además, refleja expresamente que los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de la responsabilidad solidaria definida en el propio artículo son nulos y no producen efecto alguno. Y ello porque, cualquier pacto que pretenda modificar un esquema de responsabilidades administrativas legalmente definido y tasado no puede surtir el efecto pretendido y debe tenerse por no puesto, a tenor de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho".

3.2. Pactos contractuales tendentes a eludirla y su justificación

Expuesto el marco legal vigente y su razón de ser, nos encontramos en la **práctica mercantil** con una serie de **cláusulas,** generalmente impuestas por el empresario principal desde su posición de supremacía, en virtud de las cuales trata de eludir su responsabilidad en la materia, haciéndola recaer exclusivamente sobre la figura del contratista.

Podemos ilustrar la cuestión recogiendo algunos ejemplos reales de tales prácticas:

a) "Las sanciones u otras consecuencias evaluables económicamente que por parte de los órganos administrativos o judiciales sean exigidas al CONTRATISTA por falta de cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales o normas jurídico técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, del personal del subcontratista o de las empresas que subcontrate le serán repercutidas en los pagos correspondientes.

Si la actuación del órgano administrativo o judicial se produce como consecuencia de un accidente de trabajo, el SUBCONTRATISTA está obligado a entregar al contratista un aval bancario a primer requerimiento, para garantizar las responsabilidades que se exijan, sin perjuicio del derecho del contratista a retener toda la facturación y retenciones pendientes de abono".

b) "El subcontratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de Seguridad y Salud laboral, de acuerdo con la Reglamentación, Convenio o norma de aplicación [...]. Cualesquiera responsabilidades que al contratista le pudieran ser imputadas por el incumplimiento, por parte del subcontratista, de las disposiciones objeto de esta cláusula, serán repercutibles íntegramente sobre éste, pudiendo ser hecha efectiva esta repercusión en las cantidades retenidas, sin perjuicio de exigirla sobre el patrimonio del subcontratista, si dichas retenciones fueron insuficientes o se hubieran hecho ya efectivas".

Frente a tales prácticas, la Administración ha reaccionado calificándolas como fraude de ley y constitutivas, en consecuencia, de sanción muy grave a tenor del artículo 13.14 LISOS expuesto.

Los **argumentos** utilizados por las empresas contratistas para sostener su **validez** son, básicamente, dos:

1º) **El principio de libertad de pactos** consagrado en el artículo 1.255 CCv. (*"Los contratantes pueden establecer los pactos,*

cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"); se argumenta en este sentido que, conforme al artículo 1.257 CCv, dichas cláusulas sólo producen efecto entre las partes que las otorgaron, constituyendo un pacto privado entre ellas que en nada influiría en la relación de Derecho administrativo.

2º) Se alega, en segundo término, que el pacto discutido **no vulnera el principio de solidaridad civil** conforme a lo dispuesto en los artículos 1.137 y ss. CCv. ni el artículo 42.3 LISOS por cuanto no afecta a la relación externa con los acreedores que podrán seguir dirigiéndose, pese a la cláusula controvertida, indistintamente contra cualquiera de los codeudores (empresa principal o contratista), afectando sólo a la relación interna de los deudores en la que éstos pueden acordar, conforme al citado principio de libertad de pactos, la cuota de responsabilidad que a cada una de las empresas responsables solidarias corresponde en orden a la acción de regreso que, conforme al artículo 1.145 CCv, asiste al deudor solidario que efectúa el pago.

La finalidad que las empresas principales *"declaran"* perseguir con tales prácticas no es, dicen, la dejar sin efecto la responsabilidad solidaria de la empresa principal ni la de permitir la dejación de sus funciones en materia de vigilancia del cumplimiento de la contratista de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino que las empresas contratistas observen con el mayor rigor posible cuantas obligaciones le vienen impuestas legalmente evitando, en definitiva, que acaezcan accidentes de trabajo y las responsabilidades que, en su caso, se deriven de los mismos.

No obstante, hay que señalar que estas altruistas intenciones **no han tenido**, como veremos posteriormente, **favorable acogida en la jurisprudencia** de los Tribunales Superiores de Justicia que hemos analizado para la redacción de este artículo; únicamente cabe citar, casi a título de curiosidad, como único ejemplo de resolución judicial en que se han acogido las tesis en defensa de la legalidad de las cláusulas controvertidas, la Sentencia nº 663/2007 de 10 diciembre del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de los de Murcia, de cuyo Fundamento de Derecho 2º reproducimos el siguiente extracto:

"En el presente caso, ni la Administración para el cobro del importe de las sanciones, ni los trabajadores hipotéticamente perjudicados, en nada ven perjudicada la solidaridad, pues pueden dirigirse contra cualesquiera de los deudores. Así, en el caso que la mercantil subcontratista hubiera cometido alguna infracción a la legislación de

Prevención de riesgos Laborales, la Administración podrá perseguirla y sancionarla, así como a la mercantil contratista, y reclamar indistintamente el importe de la multa a cualquiera de ellas o a ambas simultáneamente, porque así lo establece la Ley y en nada se ve afectada en la relación jurídica mercantil entre ambas, a cuya relación jurídica es ajena.

Es decir, los pactos que hayan concertado entre ellas constituyen una relación jurídica privada entre partes que en nada influye en la primera relación de derecho administrativo.

Solo habrá que ver si dichas cláusulas denunciadas en el acta de infracción son contrarias a la Ley, pero para esto no tiene acción la Administración ni los trabajadores que, en todo caso, tienen solidariamente garantizado su crédito, sino que las únicas partes legitimadas para su impugnación y declaración de nulidad son las contratantes.

(Art. 1257 del Código Civil: los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos)

Visto además que las cláusulas denunciadas por la Inspección, pretenden garantizar que la empresa subcontratista cumpla la legislación relativa a la prevención de Riesgos Laborales con la amenaza, para el caso de incumplimiento, del ejercicio de la repetición civil de lo que la empresa contratista tuviera que pagar en virtud de su obligación solidaria, no sólo no son reprochables dichas cláusulas ***sino dignas de ejemplo para otros contratos similares"..***

3.3. Su calificación como fraude de ley

3.3.1. Concepto doctrinal, legal y jurisprudencial del fraude de ley

Recoge el Digesto la definición de Paulo del fraude de ley en los siguientes términos: *"Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui, salvis verbis legis, sententiam ieus circumbenit"* (Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido).

Modernamente, se ha definido el fraude de ley en sentido jurídico estricto como el incumplimiento de la ley debida mediante una conducta externa formalmente atemperada a otra norma que oculta o disimula la elusión de aquélla.

En nuestro Derecho positivo, el fraude de ley se regula en el Título Preliminar del Código Civil, artículo 6.4, a cuyo tenor: *"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".

Para precisar este concepto acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así, tal y como expresan sus Sentencias (Sala de lo civil) de 28 de enero de 2005, 9 de marzo de 2006, 20 de julio de 2006 y 31 de octubre de 2006, entre muchas otras, interpretando el artículo 6.4 del Código Civil, el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (Sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 2000).

Se caracteriza esta figura (Sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994, 23 de enero de 1999, 27 de mayo de 2001, 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada como norma de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta el fraude y la que, a través de ésta, se pretende eludir, que es la norma denominada 'eludible' o 'soslayable", además de que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (Sentencias de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002).

Es claro que no se requiere la intención o conciencia o idea dirigida a burlar la Ley (Sentencias de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no lo proteja suficientemente (Sentencia de 23 de febrero de 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia y que tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívoca (Sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993).

3.3.2. Calificación como fraude de ley de los pactos analizados

A la hora de determinar si los pactos objeto de estudio constituyen fraude de ley y, en consecuencia, infringen el artículo 13.14 LISOS, hemos analizado diversas Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (de entre las que destacamos la **STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 29 de junio de 2007; STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2009; STSJ de País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 16 de octubre de 2007; STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª,**

de 20 de febrero de 2009; STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 10 de julio de 2008); todas ellas resuelven en idéntico sentido, declarando la flagrante ilegalidad de los pactos analizados; veremos a continuación con qué argumentos.

Así, los **requisitos** exigidos por la jurisprudencia para apreciar fraude de ley concurren en este caso en los siguientes términos:

a) El acto debe ampararse en el texto de una norma dictada con distinta finalidad y que, en consecuencia, no proteja suficientemente su validez; es la llamada "norma de cobertura" que, en este caso, se identifica con el principio de libertad de pactos contractuales consagrado en el artículo 1255 CCv.

Este precepto pone como límite a la libertad de pactos que éstos *"no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"*; de modo que resultará determinante saber si las normas afectadas por el pacto suscrito entre empresario principal y contratista tienen naturaleza de derecho dispositivo o, por el contrario, se trata de normas imperativas o de "ius cogens"; entienden los diversos TSJ que responden a este último criterio por dos motivos:

- de una parte, **y con carácter general**, la LISOS se integra en el ámbito del Derecho del Trabajo, entendido en sentido amplio, y que, si bien no puede calificarse en su integridad como de interés público o de orden público a efectos de considerar prohibida o fraudulenta cualquier conducta encaminada a su elusión, sí es cierto que presenta un marcado carácter imperativo o necesario que se manifiesta por ejemplo en el principio de irrenunciabilidad de derechos consagrados en los artículos 3.5 del Estatuto de los Trabajadores (*"Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo"*) y 245 Ley de Procedimiento Laboral (*"Se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador"*).
- por otro lado, **y con carácter específico,** la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social es, obviamente, una norma jurídica sancionadora y, por tanto, de carácter imperativo o "ius cogens".

b) Debemos enlazar, en este punto, con el segundo requisito exigido para apreciar la concurrencia del fraude de ley, esto es, que el acto fraudulento pretenda eludir la norma denominada "eludible" o "soslayable" (en este caso, el art. 42.3 LISOS), persiguiendo un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente.

Se manifiesta, con claridad sobre este extremo la **Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2009,** en su FD 1º en los siguientes términos: "Y en este sentido, el marco de responsabilidad solidaria, su alcance y efectos lo determina la ley laboral y en cuanto a las normas del cumplimiento de seguridad en el trabajo**; y lo define de forma imperativa**; sin que consecuentemente la parte actora puede pactar al respecto; y menos en el sentido realizado en el pacto; que de hecho supone una derogación de efecto propio ("ius cogens"), trasladándolo al subcontratista. Ni esto es el contenido de la norma; ni es la voluntad del legislador; pues de hecho pretende excluir su responsabilidad; pues lo que quiere el legislador en virtud de dicha responsabilidad solidaria, es **que el actor contratista sufra su responsabilidad como tal, sin que pueda repercutirla.** Ese es el sentido de la responsabilidad solidaria que late en los artículos aplicados; y que impide extender a la misma, excluyéndola, limitándola o alterando su naturaleza jurídica, la regulación de la libertad de pactos, con la hermenéutica y doctrina legal del Tribunal Supremo que pretende. En este caso, el art. 42.3 de la Ley estatal 31/95, TR de 5/2000, se habla de **una responsabilidad solidaria de tipo administrativo, con alcance sancionador;** y con un grado de posible definición imputadora a cada uno de los responsables y en su totalidad; y en este sentido, ha de ser interpretado el art. 42 de la ley referida".

c) Finalmente quedaría por determinar la concurrencia del **elemento subjetivo** en el sentido de que, si bien no se exige la **intención** de burlar la ley, sí señala la jurisprudencia del TS citada *ut supra* la necesidad de que el resultado contrario o prohibido por una norma tenida por fundamental en la materia se manifieste de **forma notoria e inequívoca.** Ello concurre, efectivamente, en el supuesto de los pactos analizados, al señalar la **Sentencia del TSJ de Madrid 29 de junio de 2007, FD 6º,** que "[...] la cláusula 12.9 del contrato de subcontratación, vulnera con total claridad el art. 42.3 de la LISOS, **y su sentido es tan claro y obvio** que concluir a partir de ello que tal era la intención del recurrente es una conclusión totalmente lógica y normal, pues **sólo concurriendo un ánimo fraudulento puede explicarse la inclusión de tal**

cláusula en el contrato, conclusión que se ve reforzada si se atiende a la inverosímil explicación dada por la recurrente acerca de la finalidad con la que puso la cláusula, que alega, fue cumplir el deber de vigilancia sobre las subcontratistas que impone el artículo 24.3 LPRL, reforzando sus obligaciones prevencionistas, cuando precisamente con la inclusión de la cláusula se consigue justamente lo contrario [...]".

4. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de **conclusión**, podemos hacer **dos reflexiones:**

De una parte, y en orden a evitar la proliferación de los pactos analizados, presentados bajo la coartada de coadyuvar al cumplimiento de la normativa de prevención, resultaría conveniente **incorporar a nuestro Derecho positivo la doctrina jurisprudencial expuesta.** Así, ante un supuesto de subcontratación deberían quedar claros los siguientes extremos:

a) Las **obligaciones** en materia de prevención de riesgos laborales **alcanzan tanto al empresario principal** (en el ejercicio de sus facultades de organización de su centro de trabajo, en el que desarrollará su actividad la empresa contratista) **como al propio empresario contratista** (al que incumben las facultades de dirección de la actividad de sus trabajadores).

b) Será el **incumplimiento de cada uno de ellos**, debidamente acreditado y sin recurrir a automatismos o presunciones que, en la práctica, configuren un sistema de responsabilidad objetiva, **lo que determine la exigencia de responsabilidades pecuniarias** en el marco de una **normativa administrativa sancionadora**; ésta, por su propia naturaleza, responde al carácter de norma **indisponible** y deberá aplicar, en lo esencial, **los principios inspiradores del Derecho Penal.**

c) Finalmente y, como consecuencia de lo anterior, la solidaridad con la que, frente a la Administración sancionadora, deberán responder empresario principal y contratista **no lo será en el sentido civil** (repartible libremente a efectos internos entre los deudores solidarios) sino que será una **responsabilidad solidaria de tipo administrativo con carácter sancionador.**

Por otro lado y respecto de la **justificación de estos pactos** [3], ya hemos visto como se ha rechazado por la jurisprudencia, categóricamente, su pretendida finalidad de reforzamiento del deber de vigilancia sobre los subcontratistas; cabría señalar que de ser ésta realmente la motivación que los inspira podría eventualmente admitirse la validez de cláusulas que, **dejando inalterado el esquema de reparto de responsabilidades administrativas fijado por la ley**, impusieran al subcontratista una penalización cuando éste incumpliera sus obligaciones en materia de prevención; es decir, sería válida una cláusula, no de repetición del empresario principal que no podría en ningún caso repercutir la multa que a el se le impusiera, sino **una cláusula estrictamente penal** de las que contempla el CCv en sus artículos 1152 y ss. y que sí estaría, en este caso, amparada por la liberad de pactos del 1255.

[3] Otro intento de justificación de éstos ha sido el de asimilarlos a la figura del contrato de seguro, de modo que el contratista o subcontratista aparecía "mutatis mutandi" como el asegurador de riesgo del pago de la multa por parte del empresario principal; argumento ciertamente peregrino que encontró acogida en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n º 1 de Murcia de 10 de diciembre de 2007 a cuyo tenor: " Por cierto, que tampoco sería contrario a derecho el contrato por el cual un tercero tuviera que responder económicamente por actos negligentes de otro. Así sucede en los contratos de seguro, por el que el asegurador responde económicamente hasta el límite pactado de ciertos actos dañosos asegurados por los que el asegurado tuviera que responder frente al perjudicado.

En este ejemplo del seguro vemos más claramente que frente al perjudicado el asegurado responsable y el titular del negocio responden solidariamente (art. 1903 CCv) por ministerio de la ley (como en el caso del art. 42.3 LISOS) y el asegurador responde también solidariamente y de forma directa junto con los anteriores en virtud de contrato de seguro (art. 76 Ley de Contrato de Seguro)".

Olvida esta Sentencia que el art. 76 Ley de Contrato de Seguro que cita se refiere al seguro de responsabilidad civil (que el art artículo 73 conceptúa como aquél por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho), no al aseguramiento de sanciones administrativas y que, además, la propia LCS, en materia de seguro de defensa jurídica, contiene expresamente la siguiente prohibición (art. 76, b): "Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales".

LA USURPACIÓN DE INMUEBLES. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL

POR
Mª DEL PILAR RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1 Elementos del delito. 1.2 Bien jurídico protegido. 1.3 Distinción de figuras afines. 2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL. 2.1 DILIGENCIAS PREVIAS. 2.1.1 Denuncia. 2.1.2 Ofrecimiento de Acciones. 2.1.3 Personación y Solicitud de Medida Cautelar de Desalojo. 2.1.4 Declaración del Imputado. 2.1.5 Conclusión. 2.1.6 Escrito de Acusación 2.1.7 Sobreseimiento. 2.1.8 Apertura de Juicio Oral. 2.1.9 Escrito de Defensa. El Estado de Necesidad. 2.2. JUICIO ORAL. 2.2.1 Conformidad del Acusado. 2.2.2 Sentencia. 3. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su Exposición de Motivos pone de manifiesto como, para afrontar la antinomia existente entre el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, se da prudente acogida a nuevas formas de delincuencia.

El Capítulo V del Título XIII, bajo la rúbrica *"De la Usurpación"*, tipifica la ocupación de inmuebles (artículo 245 CP), la alteración de términos o lindes (artículo 246 CP) y la distracción del curso de las aguas (artículo 247 CP).

Como novedad respecto a la legislación anterior, el artículo 245.2 CP tipifica como delito la conducta de: *"El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular"* que *"será castigado con la pena de multa de tres a seis meses"*.

Un amplio sector de la Doctrina considera que este delito debería ser suprimido por aplicación del Principio de Intervención Mínima. Durante la VI Legislatura se presentaron dos iniciativas parlamentarias para despenalizarlo basadas en dicho Principio que no fueron

aprobadas[1]. En consecuencia, y mientras esté vigente, el artículo 245.2 CP ha de ser aplicado puesto que tanto los poderes públicos como los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (artículo 9.1 Constitución Española). En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª), de 12 de marzo de 2009 (JUR 2009\314307): *"Por otra parte, en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprobable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente éstas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde —la legislativa—, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta".*

Y la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), de 12 de marzo de 2007 (ARP 2007\295): *"Del mismo Tribunal es la interesante*

[1] Vid. ROCA AGAPITO, Luis. "La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años". Repertorio de Jurisprudencia num. 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi. BIB 2000\1587. Destaca que la Proposición 122/000133 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (presentada el día 4 de febrero de 1998) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 152-1, 13 de febrero de 1998. La Proposición 122/000135 del Grupo Mixto (presentada al día siguiente) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 154-1, 13 de febrero de 1998. Ambas fueron rechazadas el día 29 de septiembre de 1998.

Sentencia de 16 de enero del 2003 (ARP 2003, 61). He aquí sus términos:

«... En primer lugar debe recordarse, como lo ha hecho en ocasiones alguna resolución integrada dentro de la denominada "jurisprudencia menor", que efectivamente no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas y ello sin perjuicio de adaptar a la realidad social del momento de su aplicación aquellas normas que hayan podido ser elaboradas hace tiempo y no contemplen por tanto dicha realidad social. Esta labor de adaptación a la realidad social resulta sin embargo innecesaria —y aun inoportuna— en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, la norma adquiere vigencia en el propio año de ocurrir los hechos a los cuales eventualmente ha de ser aplicada, pues la realidad social que el legislador contempló al estimar oportuno tipificar una determinada conducta es la misma que la del momento de su aplicación. No puede tampoco desconocerse que la usurpación no violenta, ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia por lo que cabe presumir —lo que no debería excluir un previo juicio de constitucionalidad antes de la aplicación de la norma— que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental. Es decir, no se puede vaciar de contenido el expresado tipo penal por vía interpretativa en el acto jurisdiccional de aplicación de la Ley penal.

Como declara la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 (ARP 2003, 19) de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Barcelona,...: "los principios de subsidiariedad y última ratio, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador". Tales principios son mencionados expresamente en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995.

No obstante, a nuestro juicio, ello no puede impedir que los Tribunales se hallen obligados, cuando procedan a aplicar el nuevo tipo penal, como cualquier otro tipo, a hacerlo interpretándolo con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria vigentes en el ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "última ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad".

1.1. Elementos del delito

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª), de 15 de enero de 2001 (JUR 2001\98535) describe los elementos del tipo: *"El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos:*

a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.
b) Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión.
c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", que en tal caso deberá ser expresa.
d) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio"[2].

1.2. Bien jurídico protegido

Ha de tratarse de una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo de su titular. El ocupante accede a la vivienda con intención de residir en ella u ocuparla de modo permanente[3]. En este

[2] La Sentencia sigue diciendo: "Todos los anteriores elementos concurren en el caso presente: los acusados se introdujeron en una vivienda propiedad de la Empresa Municipal de la Vivienda que estaba pendiente de que la habitara la persona a la que había sido adjudicada; carecían de cualquier título jurídico que amparara la ocupación de esa vivienda; y conocieron a través de los inspectores municipales que les visitaron la oposición de la titular de la vivienda a permitir el uso que estaban haciendo de ella, o, en cualquier caso, se mantuvieron en el interior de la vivienda cuando conocieron a través de la causa penal abierta la voluntad de la Empresa Municipal de la Vivienda de impedir su ocupación, hasta el punto de declarar en el juicio oral que en ese momento seguían habitándola".

[3] Cfr. AAP Cádiz (Sección 3ª), de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007\254172).

sentido se pronuncian las distintas Audiencias Provinciales, destacando la Sentencia de la de Madrid (Sección 16ª), de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009\236373): *"Pues bien, el apartado 2 del artículo 245 del Código Penal tipifica como delito de usurpación la conducta del que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. La ubicación de este artículo en el Título XIII del Código, dentro de los "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", nos permite sostener que no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad. Ello quiere decir que cualquier otra posesión, como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio o la que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal por su carácter excepcional. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios que regula la jurisdicción civil. Consecuencia de lo anterior es que sólo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble, vivienda ó edificio que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o permanencia"*[4].

SSAAPP Sevilla, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2003 (JUR 2003\265346) y Madrid, Sección 23ª de 20 de junio de 2003 (JUR 2003\248095): " [...] A falta de sentencia alguna de la Sala 2 del Tribunal Supremo referida a este nuevo tipo delictivo introducido por el art. 245.2 del Código Penal de 1995, diversas Audiencias Provinciales, en los últimos años, han llevado a cabo un intento de diferenciación que se puede sistematizar en los distintos puntos:

"1. No puede reputarse punible cualquier perturbación de la posesión, incluso aquéllas que se desarrollen bajo la forma de ocupación, sino sólo las ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular (SSAAPP Cádiz, Sec. 8ª 6/10/2000; Las Palmas, Sec. 1ª, 13/10/2000). Conforme a ello, la ocupación punible sólo sería aquélla en que el ocupante tiene la intención evidente de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado (SSAAPP Burgos, Sec 1ª, 17/1/2000; Córdoba, Sec 1.ª, 9/10/2000), lo que se puede poner de manifiesto con la permanencia en la vivienda ocupada (Córdoba, S. cit.)

"2. Conforme a este criterio no serían punibles las ocupaciones de fincas abandonadas (Las Palmas, S.cit.) ni aquéllas en las que no exista una posesión "socialmente manifiesta" (Las Palmas, S. cit.). El mismo espíritu se deja ver en las SAP, Sec. 5ª de 9/10/2000.

"3. Del mismo modo tampoco serían punibles con arreglo a este tipo penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Málaga, Sec. 2ª, 9/10/2000, en las que se citan, en el mismo sentido las SSAAPP Palma de Mallorca 29/10/97; Zaragoza de 13/7/98, 28/10/98 y 12/6/99, Gerona, 3/5/99 y Segovia 29/10/98, sino que sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca y un requerimiento para que cese (S. Zaragoza, 16/6/2000). En el mismo sentido, la SAP Granada, Sec. 1ª de 29/5/2000 entiende que el hecho punible ha de consistir en un apoderamiento físico del inmueble, que ocasione una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo del titular. En contra, entendiendo incluidas también ocupaciones ocasionales, SAP Guipúzcoa, Sec. 3ª, 6/6/2000). (Sent. 458/2001 de 6 de septiembre)".

[4] Cfr. también SAP Cádiz (Sección 3ª), de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004\19656).

Y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), de 11 de julio de 2006 (JUR 2006\245846): *"[...] no toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal, dado que la intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad y última «ratio» sólo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación, en base a lo cual, ha de concluirse que no es cualquier ocupación la que está contemplada en la citada norma, sino sólo aquella que realmente signifique un riesgo grave a la posesión, que es lo que le da sentido y significación de típica a la conducta de ocupar o mantenerse en un inmueble, vivienda o edificio ajenos, de modo que no cabe hablar de delito cuando el que invade la propiedad de otro carece de animus, entendido como intención o voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble, ideológicamente imprescindible a fin de consolidar una ocupación o un mantenimiento de la detentación auténticamente perturbador de la legítima posesión a cuya protección tiende la figura penal, por lo que no procede incardinar la actuación en el campo criminal cuando se trata de detentaciones esporádicas o de objetos aparentemente abandonados, cuando no consta el conocimiento de la oposición expresa del titular o, en resumen, cuando no se evidencia el potencial peligro grave para la posesión que el ataque comporta, en concordancia con el mayor reproche social que marca la línea que separa el ilícito civil y el penal, entre otras Sentencia Audiencia Provincial Segovia, de 29 octubre de 1998, Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 8ª), de 7 junio 2001, que cita la de A.P. de Madrid (Sec. 16ª) de 10-02-99, que señala que "sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de inmueble, de vivienda o edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que significan un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta" y la de Barcelona (Sec. 7ª) de 30-06-98 que señala que "la intervención penal está reservada para aquellos casos que tienen una mayor significación por su gravedad", requisitos que no concurren en el supuesto de autos, en el que existe discrepancia sobre la titularidad de los inmuebles y en el que el imputado viene poseyendo los mismos desde hace al menos veinte años".*

1.3. Distinción de figuras afines

El delito de usurpación u ocupación de inmuebles, tipificado en el Capítulo V del Título XIII (*"Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico"*) debe distinguirse de los de allanamiento de morada o de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos

al público, tipificados en Capítulo II del Título X (*"Delitos contra la Intimidad, el Derecho a la propia imagen y la Inviolabilidad del domicilio"*), en los artículos 202 a 204 del Código Penal[5]. En la usurpación a diferencia del allanamiento, el inmueble no constituye morada[6] ni domicilio de la persona jurídica. El bien jurídico protegido en la usurpación integra la esfera patrimonial; en el allanamiento, la protección de la inviolabilidad del domicilio pertenece al ámbito personal[7].

---

[5] Artículo 202 CP: "1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses".

Artículo 203 CP: "1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. 2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público".

Artículo 204 CP: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años".

[6] SAP Madrid (Sección 5ª), de 15 de enero de 2001 (JUR 2001\98535): "Por otro lado, resulta irrelevante que en el momento de la ocupación estuviera la vivienda sin puertas, ventanas, sanitarios ni suministros, como declara la sentencia apelada. Aparte de explicar tal situación de la vivienda el inspector que compareció al juicio oral como testigo al decir que "una vivienda vacía suelen destrozarla por la noche", la protección penal que se dispensa en este artículo no se refiere solamente a las viviendas en condiciones de habitabilidad, puesto que se refiere junto a las viviendas a los "inmuebles o edificios", extendiendo así el objeto sobre el que recae la acción delictiva a cualquier espacio edificado con independencia del uso para el que estuviera construido. Y tampoco cabe inferir de esa situación de la vivienda un abandono o dejación de las facultades de su propietaria, máxime cuando posteriormente se interesaron los inspectores de la EMV por la ocupación realizada por los acusados, quienes con su conducta seguramente han impedido la adjudicación de esa vivienda a otra familia necesitada, obviando así los criterios de selección establecidos para proteger a los más desfavorecidos".

[7] SAP Madrid (Sección 17ª), de 12 de marzo de 2007 (ARP 2007\295): "Debe tenerse en cuenta que estas dos posibilidades delictivas de la usurpación no violenta ni intimidatoria se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada tipificadas en el art. 202 del CP/1995, art. 490 del CP texto refundido de 1973, siendo interpretada por la doctrina mayoritaria y por el Tribunal Supremo esta segunda modalidad de mantenimiento en la posesión (en el allanamiento de morada) como la que exige que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el morador, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada (STS 278/1979, de 8 de marzo [RJ 1979, 1080]) si decidiera mantenerse en dicho lugar contra la voluntad del dueño. De lo que se desprende que la segunda modalidad requiere como uno de los elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte del titular del derecho, y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble, vivienda o edificio ajeno, contra la voluntad del dueño que inicialmente permitió o consintió su acceso".

2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El procedimiento judicial que se seguirá será el del Procedimiento Abreviado regulado en el Título II del Libro IV (De los Procedimientos Especiales), artículos 757 a 794 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

2.1. Diligencias previas

2.1.1. Denuncia

El procedimiento se inicia por denuncia que, admitida, dará lugar a que el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (artículo 14 LECrim), ordene la incoación de diligencias previas mediante Auto.

El Auto describe los Hechos, fundamentalmente, que se han recibido las actuaciones en virtud de denuncia sobre el delito, ocurrido en una localidad determinada; tiene unos Fundamentos Jurídicos (que pueden ser similares a estos: "Primero: Los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan características que hacen presumir la posible existencia de una infracción penal. Segundo: No estando determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruir Diligencias Previas y practicar aquéllas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y en su caso, el procedimiento aplicable") y una Parte Dispositiva en la que el Juez de Instrucción ordena incoar Diligencias Previas ("*Incóense Diligencias Previas*"), dar cuenta de su incoación al Ministerio Fiscal y ordena la práctica de determinadas diligencias, fijando fecha y hora para su celebración. Estas diligencias podrán ser, entre otras: solicitar informe a la comisaría del domicilio, que se oiga en declaración al imputado instruyéndole de sus derechos; que se oiga en declaración al perjudicado instruyéndole de sus derechos y que se le haga el ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la LECrim. Podrá ordenar que se cite a los testigos, si los hubiera; que se tasen por el perito del Juzgado los daños causados; y cualquier otra diligencia que estime oportuna como la solicitud de antecedentes penales del imputado.

En cuanto a la instrucción de la causa, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), de 26 de octubre de 2005 (JUR 2005\272519) revoca el de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción al considerar que la resolución de archivar las diligencias, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, de conformidad

con el artículo 779.1-1 de la LECrim resulta prematura, en la medida en que no se han practicado las diligencias esenciales para determinar el alcance y naturaleza de la responsabilidad penal que pudiera ser exigida a las personas denunciadas, siendo procedente, al menos, la toma de declaración de los denunciados y las demás que el Juzgado estimase oportunas para el debido esclarecimiento de los hechos.

Sobre este mismo asunto se pronuncia, en relación con el ejercicio de la acción penal, el Auto de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007\163955) que considera: "*En este sentido, como reiteradamente ha proclamado el Tribunal Constitucional, el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del artículo 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión «ab initio» del carácter delictivo de los hechos imputados, y, si se admite la querella o denuncia, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional de conformidad con los arts. 637, 641 y 789.5.1 LECrim -en la actualidad, art. 779.1.1ª -[entre otras muchas, SSTC 148/1987, de 28 de septiembre; 175/1989, de 30 de octubre; 297/1994, de 14 de noviembre; 111/1995, de 4 de julio; 31/1996, de 27 de febrero; 177/1996, de 11 de noviembre; 138/1997, de 4 de junio; 115/2001, de 10 de mayo; 129/2001, de 4 de junio;178/2001, de 17 de septiembre y 63/2002, de 11 de marzo]. Así pues, la licitud de esta desestimación conlleva la inexistencia de la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. En efecto, como dice la STC 191/1989, el sumario y, en general, la instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden o no ser constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el factum no es subsumible en ninguno de los tipos penales. En tal supuesto, resulta inútil, e incluso improcedente cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente la causa, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados (STC 89/1996)*"[8].

[8] En el mismo sentido, cfr. AAP Guadalajara (Sección 1ª), de 11 de julio de 2006 (JUR 2006\245846).

2.1.2. *Ofrecimiento de acciones*

De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. El Ministerio Fiscal tiene obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en la causa.

En la Cédula de Citación al Perjudicado a fin de que preste declaración y hacerle el ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 de la LECrim[9], se le hace saber que tiene el derecho a nombrar Abogado y en su caso Procurador y que, de no verificarlo, el Ministerio Fiscal ejercitará en su nombre las acciones civiles que pudieran corresponderle. Se le apercibe sobre su obligación de comparecer y se le advierte que, de no hacerlo ni alegar justa causa que se lo impida, se le podrá imponer una multa.

En el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria (si no, se hará con su representante), se instruirá el derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (artículo 109 LECrim).

2.1.3. *Personación y Solicitud de Medida Cautelar de Desalojo*

Los perjudicados por el delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación

[9] Por Ley 13/2009, de 3 noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la nueva Oficina Judicial, a partir del día 4 de mayo de 2010 los párrafos primero y tercero del artículo 109 tendrán la siguiente redacción: "En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle". "Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente".

o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante.

Con el escrito de personación es conveniente que el perjudicado presente la documentación acreditativa de la propiedad del inmueble ocupado. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª), de 18 de enero de 2005 (JUR 2005\255944) señala: "*Por último, no se descubre tampoco la infracción del principio in dubio pro reo también alegada, y que se proyecta sobre la titularidad de la finca, sosteniendo que no está acreditada la pertenencia de la misma al denunciante. De un lado, el citado principio lo es distinto y auxiliar del de presunción de inocencia, por cuanto mientras ésta constituye una garantía objetiva del proceso, el segundo es de naturaleza eminentemente subjetiva, y significa la obligación del juez de absolver cuando duda sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/89 de 20 de febrero, 138/92 de 13 de octubre 63/93 de 1 de marzo, 133/94 de 9 de mayo, 259/94 de 3 de octubre y 16/2000 de 31 de enero). Resulta inaplicable en este caso, en el que el juzgador no ha expresado duda alguna sobre su convicción probatoria. Dicho con otras palabras, la parte no ostenta un derecho a la duda por parte del órgano judicial, que pueda invocar en su beneficio.*

Por otra parte, el denunciante afirmó que le correspondía la cotitularidad por herencia de su padre desde el comienzo de las actuaciones, junto con las otras personas que acudieron a formalizar la denuncia, e igualmente en la vista oral, sin que la acusada negara en momento alguno esta circunstancia, máxime cuando su versión exculpatoria estriba en afirmar que contaba con el consentimiento de uno de los copropietarios para entrar en la finca. Por consiguiente, el órgano judicial contó con la declaración testifical de José Miguel, que es un medio probatorio apto en derecho, para establecer su condición de copropietario y además con la conducta procesal seguida por éste a lo largo de la causa, y también con la propia conducta procesal de la acusada, que no impugnó tal aseveración en ningún momento".

Además de la propiedad, ha de quedar acreditada la falta de consentimiento a la ocupación, la voluntad expresa contraria a la misma mediante requerimiento en el que quede constancia de su recepción y, en consecuencia, del conocimiento por los ocupantes. En este sentido, es exigible un requerimiento formal de abandono (SAP Sevilla, Sección 3ª, de 13 de noviembre de 2003; JUR 2004\8263); el tipo penal exige que, una vez la usurpación sea conocida por el legítimo propietario no poseedor, éste manifieste su oposición al usurpador (SAP

Barcelona, Sección 3ª, de 21 de noviembre de 2002; ARP 2003,19)[10].

No se aprecia la concurrencia de falta de consentimiento o voluntad del titular contraria a la ocupación cuando la propietaria actúa de forma "indolente" (SAP Madrid, Sección 29ª, de 15 de junio de 2009; JUR 2009\343886); cuando no se manifiesta la voluntad en contra (AAP Las Palmas, Sección 1ª, de 15 de junio de 2009; ARP 2009\878); cuando una persona reside en el inmueble con tolerancia de los anteriores propietarios del mismo (AAP Madrid, Sección 27ª, de 28 de diciembre de 2007; JUR 2008\156453); cuando existe consentimiento tácito, tanto de los anteriores titulares como de los que lo eran en el momento de la denuncia, porque sabían que la finca estaba siendo poseída por los acusados durante años, sin que se hubiera reclamado en ningún momento su desalojo (SAP Tarragona, Sección 4ª, de 10 de noviembre de 2006; JUR 2007\113550).

En el escrito de personación, o en otro independiente, podrá solicitarse la medida cautelar de desalojo amparada en el artículo 13 LECrim. Al respecto, podemos destacar:

- El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª), de 16 de septiembre de 2005 (JUR 2005\243077): *"[...] el art. 13 de la LECRIM prevé la posibilidad de que, dentro de las primeras diligencias, aunque de ordinario se opina que no es indispensable que siempre se aplique al inicio del proceso, el instructor disponga de las medidas adecuadas para la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, precepto que no concreta exactamente cuáles sean éstas precisamente porque, ante la amplitud y variedad de situaciones de hecho que pudieran suscitarse, de lo que se trata es de permitir que, en cada caso, si se estima procedente, se acuerden aquellas más aconsejables para evitar que bien se mantenga la situación ilícita derivada de la presunta, aún, comisión de un delito, o bien el daño ya sufrido por el perjudicado, adoptándose tales medidas, como todas aquellas que tienen el carácter de meramente cautelar, sobre la base de su necesariedad y proporcionalidad, y de la presunción, por lo menos inicial, de buen derecho de quien la reclama. Tales exigencias se cumplieron en este caso, al instructor se le presenta una denuncia contra una persona por ocupación de un inmueble, la denunciante aporta, para acreditar su derecho de propiedad, unos títulos y aquel, ante la posibilidad de que se haya cometido un hecho susceptible de ser considerado como delito, único caso que legitima su intervención, y dada la presunción de buen derecho que cabe colegir de la documental y de los datos de que dispone, ordena, y así lo dice, para la protección de la posible perjudicada el desalojo del inmueble por el denunciado".*
- El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 8ª), de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004\214955): *"Partiendo del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que se consideran como primeras diligencias del proceso penal, entre otras, la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, la Sala considera procedente estimar el recurso interpuesto en lo relativo a la vivienda sita en Marbella. De la causa existen elementos racionales suficientes para entender que los imputados se concertaron para desposeer al Sr. Alberto de dicho inmueble, del que es propietario, valiéndose para ello de un poder manifiestamente falso supuestamente otorgado ante un Notario de Gibraltar, y no contentos con ello procedieron a ocupar el inmueble y a hipotecarlo, apropiándose del dinero obtenido del préstamo hipotecario, sin hacer frente a los cuotas correspondientes, habiéndose iniciado el procedimiento de ejecución. Es decir, el denunciante no solo se ha visto privado de su vivienda, sino que además observa impotente que la ocupan los presuntos delincuentes que se la arrebataron, los cuales la han gravado con una importante carga. La Administración de Justicia no puede permanecer inactiva ante tamaño atropello, resultando inaplazable adoptar la medida que se interesa, no olvidemos que con carácter cautelar, en evitación también de los daños y sustracciones que pudieran llevar a cabo los Sres. Schewe, no compartiendo la Sala los argumentos esgrimidos por el instructor para desestimar la petición de la parte".*

Confirman la adopción de dicha medida por el Juzgado de Instrucción[11], el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª), de 26 de julio de 2005 (JUR 2006\213781) que la considera

[10] "[...] El tipo penal exige que, una vez la usurpación sea conocida por el legítimo propietario no poseedor, éste manifieste su oposición al usurpador, de modo que éste conozca sin ningún género de dudas que el mantenimiento de la ocupación no sólo no permitirá seguir adelante con una hipotética usucapión, sino que, además, podrá originar responsabilidad penal. Y es obvio que aquí el propio Código Penal, en virtud de los principios de coherencia y unidad anteriormente aludidos está haciendo referencia a las normas civiles que regulan la posesión y su recuperación, en su caso. Sólo entonces se realizan los presupuestos del tipo penal; sólo entonces cabe hablar de voluntad en contra del titular. La simple comunicación verbal no constituye oposición; la mera denuncia no puede ser interpretada tampoco como voluntad en contra del titular, porque aún no es indiscutida la titularidad del objeto ni la buena o mala fe del usurpador dado que la buena fe puede mantener la usurpación en términos de usucapión".

[11] Cfr. también los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de abril (Sección 5ª, JUR 2005\269835), y de 15 de junio de 2005 (Sección 2ª, JUR 2005\244896).

adecuada para la protección del derecho de propiedad de la entidad denunciante y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005\245463) porque la medida cautelar de desalojo de la vivienda ocupada con entrega inmediata de la posesión a sus propietarios tiene como finalidad el cese del efecto antijurídico de la acción. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 15 de junio de 2005 (JUR 2005\244896), considera procedente la adopción de la medida cautelar de desalojo del edificio ocupado sin requerir la previa identificación de los moradores del edificio que adoptan una postura de bloqueo para impedir su identificación, negándose a abrir la puerta.

Revoca la adopción de la medida cautelar por solicitarla quien no es titular dominical de la finca, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), de 28 de diciembre de 2007 (JUR 2008\156453).

2.1.4. Declaración del Imputado

En la Cédula de Citación al Imputado se le hace saber que tiene derecho a ser asistido de Abogado y que, si carece de medios económicos, puede solicitar al juzgado que se le designe del turno de oficio. Se le apercibe sobre su obligación de comparecer y que de no hacerlo ni alegar justa causa que se lo impida, la orden de citación se podrá convertir en orden de detención.

Se le notifica personalmente y si la citación es negativa, lo habitual es que el Juez libre oficio a la Comisaría de Policía a fin de que averigüen su paradero y, en caso de ser hallado, se le cite un determinado día y hora a fin de recibirle declaración como imputado.

En el momento de prestar declaración, al imputado se le informa de sus derechos y se le requiere para que designe abogado que se encargue de su defensa, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, será asistido por el Abogado del turno de oficio, sin perjuicio de designar durante el curso de la causa abogado de su elección. El imputado puede contestar a las preguntas que le sean formuladas o acogerse al derecho a no declarar.

2.1.5. Conclusión

Una vez practicada todas las diligencias, el Juez de Instrucción dictará Auto. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

Si el hecho constituyera delito de usurpación, seguirá el procedimiento de preparación del juicio oral. Esta decisión contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan y no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla. El Auto recogerá una descripción de los Hechos, los Fundamentos Jurídicos (*"Desprendiéndose de lo actuado que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito de usurpación imputado a , delito de los comprendidos en los artículos 14.3 y 779.1 4º y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede seguir los trámites que establece el Capítulo IV, Título II para el Procedimiento Abreviado"*) y la Parte Dispositiva (*"Continúese la tramitación de las Presentes Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado por si los hechos imputados a , fueren constitutivos de un presunto delito de usurpación, a cuyo efecto dese traslado al Ministerio Fiscal, y en su caso, a las Acusaciones Particulares personadas, a fin de que en el plazo común de diez días, formulen escrito de acusación, solicitando la apertura de juicio oral en la forma prescrita por la Ley o bien el sobreseimiento de la causa, sin perjuicio de que puedan solicitar excepcionalmente la práctica de las diligencias complementarias que consideren imprescindibles para formular la acusación"*).

Esta resolución se notifica al Fiscal y demás partes personadas con la advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación dentro de los tres días siguientes a su notificación o Recurso de Apelación dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

2.1.6. Escrito de Acusación

El escrito de acusación, que será formulado por la acusación particular y por el Ministerio Fiscal, en su caso, comprenderá la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano competente, la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación y determinará en conclusiones precisas y numeradas (artículo 650 LECrim): 1ª Los hechos punibles que resulten del sumario. 2ª Su calificación legal, determinando el delito que constituyan. 3ª La participación del procesado. 4ª Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal. 5ª Las penas en que haya incurrido el procesado.

Es decir, deberán describirse los hechos (que en una fecha determinada o aproximada, D .. ocupó la vivienda sita en la calle.. sin autorización de su titular, habiéndose mantenido en la misma hasta tal fecha). Estos hechos constituyen un delito de usurpación de inmueble previsto en el artículo 245.2 del Código Penal. De estos hechos responde el acusado D , en concepto de Autor sin que existan circunstancias

modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al acusado la pena de multa de (por ejemplo, seis meses con una cuota de seis euros) y, en concepto de responsabilidad civil, en virtud de lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal, la restitución de la cosa a su legítimo propietario con el consecuente desalojo de la vivienda señalada (si todavía no se ha recuperado su posesión) y la cantidad de .... € por los daños y perjuicios causados.

Podrá solicitarse la práctica anticipada de pruebas y proponerse aquellas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial (Asimismo se interesa para que en su momento se declaren pertinentes los siguientes medios de prueba que se pretenden utilizar en el acto del Juicio Oral: 1-Interrogatorio del acusado. 2-Documental, mediante la lectura de todo lo actuado o de los folios .. de las actuaciones. 3- Testifical de D ., que deberá ser citado en la calle.. nº.., de).

2.1.7. Sobreseimiento

Si el Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento libre o provisional de la causa, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º (anomalía o alteración psíquica), 2º (estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), 3º (tener alterada gravemente la conciencia de la realidad), 5º (estado de necesidad) y 6º (miedo insuperable) del artículo 20 (eximentes) del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil. Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto las medidas cautelares acordadas.

Si el Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado acusador particular, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción podrá acordar que se haga saber tal pretensión a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieran, se acordará el sobreseimiento, sin perjuicio de que el Juez pueda remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días (artículo 782 LECrim).

Solicitada la apertura del juicio oral por el Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que

el hecho no es constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda.

El sobreseimiento puede ser libre (regulado en los artículos 637 a 640 LECrim) o provisional (artículos 641 a 644 LECrim) total o parcial. Si fuere total, se mandará que se archiven la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido, después de haberse practicado las diligencias necesarias para la ejecución de lo mandado. Si fuere parcial, se mandará abrir el juicio oral respecto de los procesados a quienes no favorezca.

En cuanto al delito de usurpación, puede ocurrir que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento por considerar que no existe delito y que la cuestión debe dilucidarse en la Jurisdicción Civil. Existen numerosos ejemplos en nuestra Jurisprudencia menor[12], Podemos destacar los autos de las Audiencias Provinciales de:

---

[12] Son cuestiones civiles:

-AAP Cádiz (Sección 8ª), de 26 de septiembre de 2008 (JUR 2009\66618): la duración del arrendamiento de los pastos de la finca del denunciante. -AAP Madrid (Sección 6ª), de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009\242248).

-AAP Almería (Sección 3ª), de 10 de junio de 2008 (JUR 2009\18164): las discrepancias sobre la propiedad del terreno.

-AAP Madrid (Sección 27ª), de 28 de diciembre de 2007 (JUR 2008\156453). Solicita medida cautelar de desalojo quien no es titular dominical de la finca por haberla vendido a una sociedad mercantil antes de interponer la denuncia.

-AAP Cádiz (Sección 3ª), de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007\254172): los denunciados residen en el inmueble con tolerancia de sus anteriores propietarios. -SAP Guipúzcoa (Sección 1ª), de 20 de octubre de 2006 (ARP 2007\183): discusión sobre la titularidad demanial de un pabellón es una cuestión civil, penalmente irrelevante. -AAP Cuenca (Sección 1ª), de 14 de julio de 2006 (JUR 2006\239928): valoración de daños, al no ser los hechos constitutivos de usurpación. -AAP Zaragoza (Sección 1ª), de 16 de mayo de 2006 (JUR 2006\165597): derechos reales sobre una finca.

-AAP Albacete (Sección 1ª), de 27 de febrero de 2006 (JUR 2006\207872): la no entrega a los compradores de las plazas de garaje por la promotora. -AAP Cádiz (Sección 1ª), de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2006\161978): no entregar la vivienda arrendada tras expirar el contrato de arrendamiento.- SAP Madrid (Sección 2ª), de 30 de septiembre de 2005 (JUR 2005\242001): habitar con consentimiento de los legítimos moradores. -AAP Valladolid (Sección 4ª), de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005\12840): conflictos en utilización de pared medianera. -AAP Sevilla (Sección 3ª), de 31 de enero de 2005 (JUR 2005\140076): " [...] si la controversia surge en la ejecución de un contrato de opción de compra en el que la optante (ahora denunciada) ha ejercitado su derecho, sin respuesta por la otra parte, y ha ocupado la vivienda, sin que conste violencia en la ocupación, antes, por el contrario, le fueran entregadas las llaves que se hallaban en poder del administrador; existiendo dudas, incluso, de que el precio haya sido o no pagado, sospechando este Tribunal que la opción no es un hecho aislado, sino un hito más en la resolución de las controversias comerciales surgidas en la ruptura de relaciones entre empresas que antes eran amigables y que, tozudamente, se pretenden llevar al ámbito de lo penal, los hechos han de ser resueltos en la vía civil, que es, precisamente, la que ha instado la denunciada, exigiendo la elevación a público del contrato de compraventa".

- Las Palmas (Sección 1ª), de 10 de junio de 2009 (ARP 2009\878): no se cumple el requisito de que el ocupante carezca de título jurídico alguno que legitime la posesión porque inicialmente fue autorizado para ocupar el inmueble, aunque temporalmente y en calidad de precarista.
- Madrid (Sección 2ª), de 30 de abril de 2008 (JUR 2008\169329): *"Así las cosas, si el propio denunciante manifiesta que la persona a la que denuncia estuvo residiendo en la vivienda de la que dice ser propietario desde el mes de enero hasta el mes de octubre del año 2.005, periodo de tiempo durante el cual estuvo abonando las rentas, y que fue a partir de ese momento, al dejar de pagar el alquiler, cuando decide denunciarle, es claro que la conducta enjuiciada no reúne los requisitos del delito de usurpación, debiendo de ventilarse la cuestión en la jurisdicción civil".*
  -Guadalajara (Sección 1ª), de 11 de julio de 2006 (JUR 2006\245846): *"[...] la identificación de las fincas presuntamente adquiridas por los recurrentes con las parcelas cuya numeración sostienen tiene en la actualidad las reclamadas se efectúa por la propia parte interesada, que anota de forma manuscrita los eventuales números actuales de las fincas, a lo que se añade que el título de adquisición invocado es, en su mayor parte, el de herencia de inmuebles no inscritos en el Registro de la Propiedad, de todo lo cual se infiere que la planteada no es sino una controversia de índole civil que habrá de dilucidarse en dicho ámbito, [...] ya que es reiterada la doctrina que pregona el principio de intervención mínima que rige en materia penal, en virtud del cual esta Jurisdicción sólo debe actuar cuando en los otros órdenes jurisdiccionales no existen remedios para corregir la contravención denunciada, la cual ha de comportar un plus de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal, STS 4-12-1998, ATS 23-4-1998, 9-2-1998, plus de antijuridicidad que no concurre en la hipótesis examinada. [...]".*
- Madrid (Sección 17ª), de 11 de mayo de 2006 (ARP 2006\382) estudia el caso de una ocupante que traía su derecho de la relación sentimental que le unió a su propietario, ya fallecido, que abonó durante más de veinte años las cargas y gastos de la vivienda litigiosa, disfrutando de su posesión de forma pacífica y continuada en el tiempo[13].

[13] "[...] En este sentido no cabe desconocer que el derecho penal, en virtud del principio de intervención mínima, solo debe actuar cuando en los otros órdenes jurisdiccionales no existen remedios para corregir el error producido en la resolución administrativa cuestionada o cuando éste sea tan evidente y grave que comporte el plus de antijuridicidad que el

2.1.8. Apertura de Juicio Oral

Según el artículo 783 LECrim, solicitada la apertura del juicio oral por el Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará (salvo que proceda el sobreseimiento, como ya hemos visto). Cuando la decrete a instancia de uno de ellos, se dará nuevo traslado[14] a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.

Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Fiscal o la acusación particular en relación con el acusado y señalará el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa.

Contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral en el delito de usurpación no se dará recurso alguno.

2.1.9. Escrito de Defensa. El Estado de Necesidad

Abierto el juicio oral[15], se emplazará al imputado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente. Si no ejercitase su derecho a designar procurador o a solicitar uno de oficio, se le nombrará en todo caso procurador de oficio. Cumplido ese trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados en los escritos de acusación, para que en plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.

Si la defensa no presentare su escrito en plazo, se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento, pudiendo únicamente proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo.

En el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los

precepto penal exige, pues las posibles irregularidades administrativas que no puedan ser consideradas quebrantos flagrantes y clamorosos de la legalidad quedan fuera del ámbito penal como meras infracciones remediables mediante los oportunos recursos ante los órganos administrativos o ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como antes hemos dicho".

[14] La Ley 13/2009, introduce será el Secretario judicial quien dé nuevo traslado (artículo 783.1 LECrim).

[15] La Ley 13/2009 introduce que será el Secretario judicial quien emplazará al imputado, interesará el nombramiento de Procurador de oficio y dará traslado de las actuaciones a los acusados y terceros responsables (artículo 784.1 LECrim).

efectos de la práctica de prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada.

En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral.

Entre las causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en el artículo 20 del Código Penal, habitualmente invocada por los Abogados defensores, destaca el estado de necesidad:

"5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

2º Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse".

La Jurisprudencia ha analizado los requisitos del estado de necesidad[16]. Destacamos, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 (RJ 2009\4194): *"En nuestra jurisprudencia hemos declarado (Cfr. SSTS de 2-10-2002, nº 1629/2002 (RJ 2002, 8687), y de 28-11-2002, nº 2003/2002 (RJ 2002, 10945) que "la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual".*

Y de estos elementos merecen destacarse, también, dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7136)) que "si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la

[16] Cfr. - Sobre el estado de necesidad: AAP Madrid (Sección 17ª), de 11 de mayo de 2006 (ARP 2006\382); SAP Barcelona (Sección 5ª), de 16 de enero de 2003 (ARP 2003\61); SAP Sevilla (Sección 1ª), de 6 de septiembre de 2001 (ARP 2001\841); SAP Castellón (Sección 2ª) de 23 de enero de 2001 (ARP 2001\27).

gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Y por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito".

A ello hay que añadir, en cuanto a la eximente incompleta, (STS de 19-7-2002, nº 1412/2002 (RJ 2002, 7778)) que: "para poder apreciar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se precisa también que el estado de necesidad sea grave e inminente, y que el que lo alegue haya acreditado haber agotado todos los recursos a su alcance —personales, familiares, profesionales, sociales— para superarlo (Cfr. STS de 21 de enero de 1986 (RJ 1986, 163)), debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que se precisa también que el mal que se cause no sea mayor que el que pretende evitarse ".

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2009 (RJ 2009\3066) se refiere al mal amenazante: *"De los distintos requisitos y exigencias, en que se desenvuelve el estado de necesidad debe recordarse que el mal amenazante ha de ser actual, absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo (SS. 1415/97, de 24 de noviembre (RJ 1997, 8933); 43/98, de 23 de enero (RJ 1998, 52); 585/98 de 27 de abril (RJ 1998, 4134); 669/98, de 14 de mayo; 1208/98, de 19 de octubre;75/99, de 26 de enero; 793/99, de 20 de mayo; 922/99, de 7 de junio (RJ 1999, 5545); 1168/99, de 6 de julio; 1269/99, de 13 de septiembre; 1403/99, de 1 de octubre (RJ 1999, 8337); 71/2000, de 24 de enero (RJ 2000, 209); 1125/2002, de 14 de junio (RJ 2002, 7355))".*

En relación con el delito tipificado en el artículo 245.2 CP, usurpación ilegal de inmuebles[17], destacan, entre otras, las Sentencias de las

[17] Cfr. -Sobre apreciación del estado de necesidad en el delito tipificado en el artículo 245.2 CP:

-Aprecian su concurrencia: -SAP Badajoz (Sección 3ª), de 12 de abril de 2007 (JUR 2007\290284) por la precaria situación económica y angustiosa de la acusada que es abandonada por su marido, teniendo la custodia de sus tres hijos. -SAP Madrid (Sección 2ª), de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006\186179) por la situación de indigencia en que se encontraba la ocupante.

Audiencias Provinciales de Zaragoza (Sección 6ª), de 12 de marzo de 2009 (JUR 2009\314307)[18] y de Salamanca (Sección 1ª), de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006\35739): "*Establece la STS. de 14-6-2.002 que "con relación al estado de necesidad hemos declarado, por todas SSTS 75/1999, de 26 de enero (RJ 1999\825), y núm. 793/1999, de 20 de mayo (RJ 1999\3381), que se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito. Son cinco los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente, A) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción puede apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, B) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, C) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, D) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, y E) que ese mismo sujeto, en*

-Eximente incompleta: SAP Madrid (Sección 15ª), de 9 de mayo de 2006 (JUR 2007\92648).

-SAP Murcia (Sección 2ª), de 3 de septiembre de 1998 (ARP 1998\4140). SAP León (Sección 2ª), de 26 de octubre de 1998 (ARP 1998\4283). SAP Córdoba (Sección 1ª), de 9 de octubre de 2000 (ARP 2000\2535) - SAP Madrid (Sección 1ª), de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003\202741). SAP Valencia (Sección 1ª), de 5 de mayo de 2005 (JUR 2005\163796).-SAP Cádiz (Sección 6ª, Ceuta), de 9 de noviembre de 2000 (JUR 2001\48268): muy interesante.

[18] "[...], en absoluto resulta acreditada la concurrencia del estado de necesidad que se pretende hacer valer por los recurrentes, pues, como causa de justificación que es, era precisamente a éstos a quienes correspondía la carga de probar todas y cada una de las circunstancias que pudieran permitir su apreciación (como reconoce, entre otras, la sentencia del T.S. de 25 de noviembre 2004), del mismo modo que a la acusación le corresponde la carga de acreditar las circunstancias determinantes de la tipicidad de la conducta. Así pues, al encontrarnos ante una total ausencia de prueba que pudiera llevar a concluir que los acusados se vieron abocados al delito, no es de apreciar tal estado de necesidad, debiendo precisar al respecto que la referida prueba no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaban los mismos, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir —sociales, asistenciales o de cualquier otra clase— para la solución del problema de la vivienda que les afectaba, lo que, en el caso analizado, no ha ocurrido".

razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar los siguientes precisiones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4º en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente".

Por su parte, en la STS. de 23 de junio de 2.003 se dice que "reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone —dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva— con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

De estos elementos, dice la STS 1629/2002, de 2 de octubre (RJ 2002\8687), merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 14 de octubre de 1996 [RJ 1996\7574]) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Por lo que al elemento de la «necesidad» se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito".

Y en la STS. de 10 de febrero de 2.003 se concluye que "por tanto los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla incluso como incompleta son: 1º) la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (Sentencias de 24 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8933], 1 de octubre de 1999 [RJ 1999\8337] y 24 de enero de 2000 [RJ 2000\209]). 2º) la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998 [RJ 1998\8092]; 26 de enero [RJ 1999\825] y 6 de julio de 1999 [RJ 1999\5634] y 24 de enero de 2000").

Asimismo, ya desde antiguo y en forma reiterada, viene declarando igualmente la doctrina jurisprudencial, acerca de la eximente aquí examinada, que "el estado de necesidad, tanto en su vertiente completa como incompleta, requiere como presupuesto necesario e imprescindible la existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos, y, además, por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal situación por vías lícitas (SSTS. de 27 de marzo y de 6 de noviembre de 1.990, entre otras); llegándose a precisar que el desempleo, sin otras connotaciones o circunstancias personales o familiares, y al imposibilidad de acudir a otros medios o recursos, no explica por sí solo una relación carencial en términos tales que origine un conflicto actual e inminente que únicamente pueda resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno (SSTS. de 17 de octubre de 1.984 y 9 de marzo de 1.990) (STS. de 9 de octubre de 1.992).

TERCERO. Proyectando la anterior doctrina jurisprudencial se ha de concluir con la sentencia de instancia en la imposibilidad de apreciar en el presente caso la circunstancia eximente de estado de necesidad, tanto en su modalidad de completa, según pretende el acusado recurrente, como incluso en su vertiente de incompleta, que interesa el Ministerio Fiscal. Y así, aun admitiendo que los acusados se encontraran en una precaria situación económica y sin desconocer que tenían dos hijos de corta edad (de ocho meses y de diez años), no se ha acreditado debidamente que existiera una situación de angustiosa necesidad y que la única forma de poner remedio a la misma fuera la ocupación de la vivienda ajena; y ello porque: 1º) la propia acusada Marí Trini manifestó en el acto del juicio oral que percibía una pensión de viudedad por importe de 250,00 euros mensuales e igualmente en la previa declaración prestada en el Juzgado de Instrucción admitió percibir también la cantidad de 360,00 euros mensuales por paro municipal durante seis meses; y conforme resulta de la declaración de los Policías Municipales el coacusado, y ahora recurrente,

Jaime era trabajador del Ayuntamiento para la limpieza de la vía pública; es decir, los acusados disponían de algunos ingresos mensuales, sin haber concretado la cuantía exacta de los mismos; 2º) no se ha demostrado que tales acusados hubieran acudido a los correspondientes servicios sociales en demanda de ayuda económica o para que pudieran facilitarle el acceso a una vivienda, aun cuando lo fuera en régimen de ayuda para hacer frente al coste del alquiler; y 3º) finalmente, no puede desconocerse tampoco que los acusados no se han limitado a ocupar la vivienda, sino que han acometido obras de acondicionamiento de la misma con empleo de materiales, con el consiguiente coste de ello derivado, lo que pone de manifiesto la existencia de ingresos y la posibilidad de disponer de parte de ellos a tal fin".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª), de 4 de noviembre de 2002 (ARP 2003\55), estudia los requisitos del estado de necesidad y considera que no se puede apreciar como eximente completa en el delito de usurpación: *"El estado de necesidad requiere constatar una situación de necesidad o, lo que es lo mismo, un peligro para bienes jurídicos de una persona o colectivos que suponga la amenaza de un mal y que cree la necesidad de una actuación salvadora que suponga sacrificio de otros intereses. Esta situación de conflicto entre intereses implica la necesidad de tener que recurrir a lesionar bienes jurídicos ajenos para salvar los intereses en peligro. Pretender aplicar el estado de necesidad con plena eficacia exoneradora de responsabilidad penal supone, valorativamente, afirmar que lo único que pudo hacer el condenado ante su situación de necesidad económica era forzar un inmueble ajeno y pernoctar en él. Esta situación, obviamente, no es de recibo, por cuanto no existe tal situación de necesidad y, además, tenía gran cantidad de alternativas de acción todas ellas legítimas: dormir en casa de sus padres, de los padres de su novia (al folio 18, vuelto declara vivir habitualmente con ellos), de un amigo, recurrir en caso extremo a locales de acogida o similares. Todo lo expuesto no hace sino ahondar en la idea de que la propia apreciación de la eximente incompleta ha sido bastante generosa, lo que no puede hacer en modo alguno que prospere la petición de aplicar la eximente completa".*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª), de 23 de septiembre de 2004 (ARP 2005\741), en otro supuesto de usurpación ilegal considera, después de estudiar sus requisitos, que no puede apreciarse como eximente: *"El estado de necesidad exige la concurrencia de una serie de elementos, que son: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la*

esfera personal, profesional o familiar; podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (STS 21-1-1986 [RJ 1986, 163]). Las SSTS 1125/2000 [RJ 2000, 6322] y 1662/2000 [RJ 2000, 9535] dicen que «por ello se extrema la exigencia del estado de necesidad actual e inminente, y también la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios».

Es decir, se exige una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios. En los hechos que se recogen y que quedan probados en la sentencia la única situación de necesidad es la maternidad de dos hijos de corta edad, desconociéndose la situación del padre respecto a los mismos. Por lo demás la recurrente se encuentra en edad laboral, no está incapacitada para ello, ha contratado luz y agua abonando los respectivos importes y pudo solicitar una vivienda del IVIMA, lo cual no realizó llevando a cabo la acción antijurídica. Por todo ello no se considera de aplicación la eximente completa de estado de necesidad.

En cuanto a la aplicación de la eximente incompleta, tampoco se estima, pues las circunstancias en las que se encuentra la condenada no son de especial gravedad respecto a otras muchas personas que sí solicitan la vivienda por los cauces legales y se encuentran a la espera de su adjudicación, pues el hecho de ser madre de dos hijos de corta edad, no justifica ni siquiera de forma incompleta la aplicación de dicha eximente, pues la acusada puede acudir a otro tipo de ayudas para ella y los menores que proporcionan los organismo públicos, sin necesidad de utilizar los medios ilícitos. Es más, la acusada solamente ha alegado que hace tiempo que no ve al padre de sus hijos y que sus padres han fallecido manifestando en la declaración ante el Juzgado de Instrucción que la vivienda se la alquiló un gitano por 20.000 pesetas al mes, lo cual no concuerda con el estado de necesidad alegado"[19].

Presentado el escrito de defensa o transcurrido el plazo para hacerlo el Secretario judicial acordará remitir lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándoselo a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado Instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado[20], a disposición del Juez de lo Penal.

[19] Cfr. SAP Madrid (Sección 5ª), de 15 de enero de 2001 (JUR 2001\98535).

[20] La Ley 13/2009 sustituye el Juzgado por la Oficina Judicial (artículo 784.5 LECrim).

2.2. Juicio oral

La celebración del juicio oral se regula en los artículos 785 y siguientes de la LECrim[21].

El Juez de lo Penal en el momento en que tenga a su disposición las actuaciones examinará las pruebas propuestas y dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral; ordenará el libramiento de las comunicaciones necesarias para asegurar la práctica de las pruebas admitidas, cuando así lo hubieren solicitado las partes.

Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los documentos que el Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez admita.

La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del abogado defensor. En el delito de usurpación que analizamos puede celebrarse el juicio en ausencia del acusado (si éste no comparece de forma injustificada tras haber sido citado personalmente) si el Juez, a solicitud del Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento.

[21] La Ley 13/2009, da nueva redacción al artículo 785 LECrim: "1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.

Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

2. A la vista de este auto, el Secretario judicial establecerá el día y hora en que deban comenzar las sesiones del juicio oral con sujeción a lo establecido al artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los criterios generales y las concretas y específicas instrucciones que fijen los Presidentes de Sala o Sección, con arreglo a los cuales se realizará el señalamiento, tendrán asimismo en cuenta: 1º La prisión del acusado; 2º El aseguramiento de su presencia a disposición judicial; 3º Las demás medidas cautelares personales adoptadas; 4º La prioridad de otras causas; 5º La complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia modificativa, según hayan podido determinar una vez estudiado el asunto o pleito de que se trate.

3. En todo caso, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el Secretario judicial deberá informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio".

El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa[22]. Después, a instancia de parte, el Juez abrirá un turno de intervenciones para que puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez resolverá dichas cuestiones en el mismo acto y frente a su decisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

La práctica de la prueba[23] se realizará en el acto de la vista. Se interrogará al acusado, a los testigos y a los peritos de forma concentrada en una sesión. Concluida la práctica de la prueba, el Juez de lo Penal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos presentados inicialmente y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. El Juez podrá solicitar del Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

[22] La Ley 13/2009 suprime la referencia al Secretario Judicial.

[23] Regulada en el artículo 788 LECrim que, a partir del día 4 de mayo de 2010 por Ley 13/2009, el apartado 1 tendrá nueva redacción: "1. La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal en el caso del número 4 de dicho artículo. En esos casos siempre que el señalamiento de la reanudación pueda realizarse al mismo tiempo en que se acuerde la suspensión, se hará por el Juez o Presidente, que tendrá en cuenta las necesidades de la agenda programada de señalamientos y las demás circunstancias contenidas en los artículos 182.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 785.2 de la presente Ley.

Del mismo modo se actuará en los casos en que se interrumpa o suspenda un juicio oral ya iniciado y el nuevo señalamiento de vista pueda realizarse al mismo tiempo en que se acuerde la interrupción o suspensión.

En los restantes casos, el señalamiento de fecha para el nuevo juicio oral se hará por el Secretario judicial, para la fecha más inmediata posible, ajustándose a lo previsto en el artículo 785.2 de la presente Ley.

No será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma".

Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez, el Secretario, el Fiscal y los abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario[24].

En cuanto a la valoración de la prueba por el Juez de lo Penal, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª), de 18 de enero de 2005 (JUR 2005\255944)[25] señala: "*PRIMERO. La recurrente expresa su discrepancia con la sentencia recaída en esta causa, sosteniendo que su condena supone una infracción del principio de presunción de inocencia, en tanto sostiene que no existe prueba sobre quien sea el titular de la finca y propone una nueva valoración de las pruebas practicadas en la vista oral dirigida a mantener que la vivienda ocupada estaba en realidad abandonada.*

La aludida presunción de inocencia exige, para ser desvirtuada, la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, es decir, con estricto respeto a los derechos fundamentales, que resulte racionalmente de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado, todo ello en relación con la infracción de que se trate, los elementos específicos que la configuran y su autoría o participación (Sentencias del Tribunal Constitucional 12 y 17/02 de 28 de enero, 68/02 de 21 de marzo, 123/02 de 20 de mayo, 137/02 de 3 de junio, 147/02 de 15 de julio, 155/02 de 22 de julio, 181 y 188/02 de 14 de octubre, 195/02 de 28 de octubre, 205 y 209/02 de 11 de noviembre, 219/02 de 25 de noviembre, 25/03 de 10 de febrero, 146/03 de 14 de julio, 206/03 de 1 de diciembre, 229/03 de 18 de diciembre, 68/04 de 19 de abril y 163/04 de 4 de octubre).

Sólo cabría entender infringida tal presunción si la condena de la recurrente careciera de un soporte probatorio que reúna las características descritas, lo que no sucede en este supuesto, en tanto el Juez de lo Penal ha contado con la declaración del denunciante prestada en la vista oral. Argumenta Filomena que el órgano judicial sólo valoró al firmeza en la declaración de José Miguel en relación al estado de la finca, pero no la suya propia al decir que estaba abandonada. El órgano jurisdiccional puede y debe valorar la prueba practicada, incluso cuando, como en

[24] La Ley 13/2009 da nueva redacción al artículo 788.6 LECrim: "En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley".

[25] Cfr. AAP Guadalajara (Sección 1ª), de 11 de julio de 2006 (JUR 2006\245846) respecto a la prueba de testigos.

el caso que analizamos, existan dos declaraciones contrapuestas, atendiendo al distinto grado de credibilidad que le merezcan los distintos testimonios y a los posibles datos objetivos o indiciarios que pudieran concurrir en apoyo de una u otra de las posturas controvertidas. Lo que la presunción de inocencia prohíbe es condenar por meras impresiones íntimas del juzgador, sospechas o conjeturas, sin una prueba inequívocamente acusatoria llegada al proceso de una manera regular y en conformidad con las normas procesales y constitucionales. La prueba en el proceso penal no tiene otros límites que los de la dignidad y seguridad de la persona humana; no existe un sistema tasado, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, por cuya razón puede establecerse una conclusión fáctica con el apoyo de la declaración de un solo testigo, incluso cuando su testimonio se enfrenta a varios que se expresan en dirección opuesta (Sentencias del TS de 13 de mayo, 17 de junio, 9 de septiembre de 1992, 23 de junio y 13 de diciembre de 1993, 24 de febrero, 23 y 29 de marzo de 1994 y 9 de mayo de 2000; sentencia del Tribunal Constitucional 11/95 de 16 de enero).

En estas condiciones, el hecho de establecer unas conclusiones probatorias analizando crítica y prudentemente el conjunto de medios probatorios practicados, no significa la violación de derecho alguno. Las razones expresadas en la sentencia recurrida se estiman comprensibles y correctas; no existe arbitrariedad ni irracionalidad alguna, únicos supuestos que permitirían la corrección en esta vía del recurso, por quien no presenció la práctica de la prueba".

2.2.1. *Conformidad del Acusado*

Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Como la pena de este delito es de multa, el Juez dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si considera correcta la descripción de los hechos y su calificación jurídica aceptada por todas las partes y la pena correspondiente.

El Juez preguntará al acusado acerca de si presta su conformidad libremente y con conocimiento de sus consecuencias[26].

[26] Regulada en el artículo 787 LECrim, la Ley 13/2009, da nueva redacción al apartado 4 del artículo 787: "4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a

2.2.2. *Sentencia*

El Juez podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, y así suele hacerse en el supuesto de conformidad del acusado, documentándose el fallo y una sucinta motivación mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta[27].

La sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa[28].

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007\90311), ante la ocupación de unas personas que penetraron en la vivienda forzando la puerta con una palanca y huyeron ante la presencia policial, considera que lo corto de la ocupación no hace atípica la conducta sino apreciable en grado de tentativa:"*En el Derecho Penal Español, uno de los elementos que configuran el delito es la tipicidad, pues sólo es delito la acción u omisión que sea penalmente típica, es decir, que esté descrita como delito en la Ley Penal (arts. 1.1 y 10 del Código Penal). Por lo tanto, la conducta descrita por la Ley Penal como delito es, en principio, una conducta antijurídica, pues la tipicidad penal de la conducta supone que dicha conducta ha infringido la prohibición legal de ejecutarla o ha infringido el mandato legal de ejecutarla, según los casos; siendo, por lo tanto, la tipicidad penal indicio de la antijuridicidad penal de la conducta, que es otro de los elementos del delito; y ello es así por cuanto que el Legislador tipifica como delito conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, de forma que al ejecutar la conducta penalmente típica, haciendo el autor de dicha conducta lo que el Derecho prohíbe que se haga o no haciendo lo que el Derecho manda que se haga, se lesiona o pone el peligro el bien jurídico que el Legislador trata de proteger con la*

fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio. También podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición".

[27] La Ley 13/2009 da nueva redacción al artículo 789.2 LECrim: "2. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta".

[28] Por Ley 13/2009, será el Secretario judicial quien notificará la sentencia.

tipificación penal de la conducta. Ahora bien, puede ocurrir que una conducta penalmente típica no sea antijurídica, lo que sucederá cuando la conducta penalmente típica aparezca jurídicamente legitimada por una causa de justificación, como podrían ser la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado sea de menor valor que el mal que se trata de evitar, el obrar en cumplimiento de un deber, el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o el consentimiento del ofendido en los casos legalmente previstos, pues la concurrencia de una causa de justificación convierte en lícita la conducta penalmente típica, ya que dicha causa de justificación viene a legitimar jurídicamente la ejecución de la conducta tipificada penalmente en abstracto por el Legislador.

Por otro lado, la ausencia del desvalor del resultado, propia de la tentativa de delito, ausencia precisamente derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta, pues el Derecho, en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico; y prueba de ello es la punición en el Derecho Penal Español de la tentativa de delito.

Los fundamentos jurídicos que se acaban de exponer en los dos anteriores párrafos vienen al caso por cuanto este Tribunal de apelación considera que los hechos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida son constitutivos del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 del Código Penal, si bien dicho delito aparece ejecutado en el grado de tentativa del art. 16.1 del Código Penal. Ello es así por cuanto en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida se describe con contundencia que el acusado llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena; que entró contra la voluntad del titular de la posesión de la vivienda, pues para entrar el acusado forzó la puerta de entrada a la vivienda; que el acusado entró en la vivienda con el concreto ánimo de habitarla; y que no llegó a la ocupación efectiva de la misma, entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda, entendimiento que resulta de una interpretación gramatical del término «ocupare» que implica habitar la casa (acepción 4 del término ocupar en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua), por causa independiente y ajena a la estricta voluntad del acusado, pues la huida de éste de la vivienda a la que acababa de entrar se debió a la intervención policial. Es decir; el acusado dio principio a la ejecución del delito de usurpación de inmuebles previsto en el art. 245.2 del Código Penal, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de la vivienda y la

entrada en la misma, que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito mediante la ocupación o habitación de la vivienda por el acusado; con lo que el acusado cometió el indicado delito en grado de tentativa.

Desvirtuándose así la circunstancia fundamental por la que se absolvió al acusado en la sentencia recurrida, cual fue que la detentación de la vivienda fuera esporádica, pues en la intención del acusado, como se destaca en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, era el de habitar en la vivienda, siendo lo realmente ocurrido que el acusado desistió de la ocupación al verse sorprendido por la Policía".

3. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Exceptuando las sentencias de conformidad, que solo serán recurribles cuando no hayan respetado los términos de la misma, si bien el acusado no podrá impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada; las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal serán apelables ante la Audiencia Provincial. El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este periodo las actuaciones estarán en Secretaría a disposición de las partes[29].

El escrito de formalización del recurso se presentará ante el Juzgado de Instrucción y en él se expondrán las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión

[29] La Ley 13/2009 modifica el artículo 790.1 LECrim: las actuaciones estarán en la Oficina judicial a disposición de las partes que en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la interposición del recurso. El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas. La parte que no hubiera apelado en plazo podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo. Las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el apartado 6.

del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado protesta en su momento, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

Recibido el escrito de formalización, el Juez, si reúne los requisitos exigidos, admitirá el recurso y dará traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para que formulen alegaciones y soliciten la práctica de prueba, fijándose un domicilio para notificaciones[30].

Presentados los escritos de alegaciones o precluido el plazo, el Secretario, en los dos días siguientes, dará traslado a las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

La vista se señalará dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. La víctima deberá ser informada, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención.

La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

La apreciación de la prueba en la segunda instancia penal es una de las cuestiones interesantes que pueden plantearse. Al respecto, son muy significativas, relacionadas con el delito que analizamos, la:

• Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª) 59/2005, de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005\59): *"Como ponen de relieve el Ministerio*

[30] Por Ley 13/2009, admitido el recurso, será el Secretario judicial quien dé traslado del escrito de formalización a las demás partes (artículo 790.5 LECrim).

Fiscal y los recurrentes en su escrito de alegaciones, el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, ha sentado una nueva doctrina en relación con la exigencia de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpreta. En concreto, la citada Sentencia establece que en el ejercicio de las facultades que el art. 795 de la LECrim atribuye al Tribunal ad quem en el recurso de apelación (que le otorgan plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En efecto, la STC 167/2002 declaró que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías "al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción" (FJ 11). Lo cual se afirma en relación a las circunstancias de un caso, respecto del que se destaca que debía "pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso... debía valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpatorias que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que... el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación" (STC 167/2002, FJ 11).

Las mismas o similares circunstancias pueden apreciarse en los supuestos de hecho de las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

en aplicación de esta doctrina y que han ido perfilando la misma (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 47/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5). Todas ellas resuelven supuestos en que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, tras realizar una nueva valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1; y 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5)".

• Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2006, de 27 de febrero de 2006 (RTC 2006\58):

"2. *Sostiene el recurrente que la inadmisión y falta de práctica de la prueba de inspección ocular del inmueble ocupado ha provocado la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), dado que no se le ha permitido acreditar que el inmueble se encontraba abandonado y pendiente de derribo, como los colindantes. Pues bien, y según advierte el Ministerio Fiscal, tanto en primera instancia como en apelación los órganos judiciales fundaron la decisión de inadmisión de dicha prueba en su falta de relevancia, fundamentación que no puede considerarse irrazonable, por lo que ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni de forma más precisa, del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), se advierte.*

Los órganos judiciales sostuvieron que la inspección ocular del inmueble era irrelevante dado el tiempo trascurrido desde el momento en que se ocupó el inmueble. Ningún reproche puede hacerse desde la perspectiva constitucional, pues, en efecto, las condiciones fácticas en

las que se encontrara el inmueble en el momento en que la prueba podía practicarse podían no ser las mismas en las que el inmueble se encontraba en el momento de los hechos. Por consiguiente, y dado que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 165/2001, de 16 de julio, FJ 3; 244/2005, 10 de octubre, FFJJ 5 y 6), el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa se produce no por la inadmisión o falta de práctica de la prueba propuesta en tiempo y forma, ni tampoco por la falta de motivación de la inadmisión, sino sólo cuando la inadmitida o no practicada fuera relevante para sustentar la modificación del sentido del fallo, hemos de concluir nuestro enjuiciamiento en este punto declarando la ausencia de vulneración del derecho fundamental alegado".

Dichas sentencias y otras posteriores, son citadas por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª), de 17 de abril de 2008 (JUR 2008\188117): "*SEGUNDO. La solicitud de condena formulada ahora en el recurso por las acusaciones tras el dictado de la sentencia absolutoria en la instancia obliga a traer a colación la ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada por la Sentencia del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 167), FF. 9 a 11, y seguida por las SSTC 197/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 197], F. 4; 198/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 198], F. 2; 200/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 200], F. 6; 212/2002, de 11 de noviembre [RTC 2002, 212], F. 3; 230/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 230], F. 8; 47/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 47], F. 5; 189/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 189], F. 5; 10/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 10], F. 7; 12/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 12], F. 4; 40/2004, de 22 de marzo [RTC 2004, 40], FF. 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 111], FF. 1 y 2) y, entre las últimas, por las SSTC 182/2007, de 10 de septiembre [RTC 2007, 182]; 196/2007, de 11 de septiembre [RTC 2007,196]; 207/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 207]; y 245/2007, de 10 de diciembre [RTC 2007, 245] y 28/2008, de 11 de febrero, elaborada en torno a los supuestos en que una sentencia absolutoria en la primera instancia es sustituida por una sentencia condenatoria, que considera vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una Sentencia absolutoria, revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones del acusado (así como de las testificales) sin respetar los principios de inmediación y contradicción, siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia.*

Declara la última de las citadas Sentencias (STC 28/2008, de 11 de febrero) siguiendo las anteriores que "el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración

de las pruebas de naturaleza personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen, y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Por ello, hemos apreciado vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria que se sustenta en una diferente valoración de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales), medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Y expresamente hemos afirmado que la exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas «perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo» (SSTC 105/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 105], F. 1; 111/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 111], F. 1; 112/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 112], F. 2; 185/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 185], F. 2; 245/2007, de 10 de diciembre [RTC 2007, 245], F. 3)".

La misma resolución continúa diciendo que "la valoración de pruebas personales sin la concurrencia de estas garantías elementales significará también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, F. 1; 185/2005, de 4 de julio, F. 2; 126/2007, de 21 de mayo [RTC 2007, 126], F. 4; 207/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 207], F. 2, entre otras muchas)".

Sobre la base de tal doctrina y revisada la sentencia apelada, constatamos que la Juzgadora de instancia aprecia que no ha quedado probada la comisión del delito de ocupación de inmuebles por considerar que no ha quedado acreditada la concurrencia de la necesaria violencia o intimidación en las personas, razonando a este respecto que las amenazas que fueron manifestadas por el testigo D. JL (constituido en acusación particular), reveladas por terceras personas sobre el previsible

comportamiento del acusado en caso de acceder al interior de la vivienda, no han quedado probadas, ni fueron denunciadas con anterioridad, considerando además que tal referencia fue vaga e imprecisa, sin la necesaria concreción y precisión.

Por lo tanto de ello se desprende que, la prueba de la necesaria violencia o intimidación, concretada en las amenazas, se basaba en prueba personal y que ésta ha sido considerada insuficiente por la Juzgadora de instancia ante quien con inmediación se practicó. De este modo y habida cuenta que en el recurso, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, no se hace referencia ni a la propia testifical ni a ninguna otra prueba de la que pueda extraerse la concurrencia de dicho elemento, que no consta en documento alguno obrante en autos (y que por su propia naturaleza no es corriente que así conste), debemos concluir que dicha prueba personal fue la única aportada por la acusación a los fines de acreditar la concurrencia del elemento del delito que nos ocupa, la cual, conforme a la doctrina expuesta, no podemos revisar, por lo que debemos mantener ahora la apreciación de la Juzgadora de instancia y con ella la absolución por el tipo previsto en el artículo 245.1 CP, que es el delito por el que, ante la falta de concreción en el recurso, entendemos el ahora apelante pretende la condena, pues solicita la punición conjunta de la ocupación y del delito que derive de la violencia (en éste caso, coacciones), prevista en dicho precepto y no en el artículo 245.2 CP, que no exige su comisión sin violencia, habiendo calificado los hechos en la instancia como constitutivos del tipo previsto en el apartado primero, como se razona en la sentencia de instancia.

Por lo demás tampoco podríamos calificar los hechos como constitutivos de la ocupación de inmueble contemplada en el artículo 245.2 CP por requerir el tipo que el objeto de la acción punible sea un inmueble que no constituya morada, siendo que la vivienda ocupada, sí tenía tal carácter, según aprecia la Juzgadora de instancia también principalmente en base a pruebas personales, y sostiene el ahora apelante.

TERCERO. No obstante cuanto ha quedado expuesto en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional citada, se ha de tener el cuenta que el Alto Tribunal también ha manifestado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 74/2006, 198/2002, de 28 de octubre, F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre, F. 8; 119/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 119], F. 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre [RTC 1999, 220], F. 3; 80/2003, de 10 de marzo [RTC 2003, 80], F. 1)

Declara la STC 74/2006 citada, que 'desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002, 170), F. 15, venimos sosteniendo que no es

aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 (RTC 2002, 167) a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal Europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 46] y [TEDH 1991, 45], caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988 (TEDH 1988, 10), caso Ekbatani c. Suecia, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 113], FF. 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 119], F. 3; y 170/2005, de 20 de junio [RTC 2005, 170], F. 3, en la que consideramos que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, era una cuestión de estricta valoración jurídica que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que fuera necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso".

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\317101)[31], que resuelve un recurso de apelación en un supuesto de usurpación de inmueble: *"La reciente doctrina del Tribunal Constitucional (a partir de la STC 167/2002) ha rectificado la jurisprudencia anterior sobre las exigencias de los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, al objeto de adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Aun partiendo de que el recurso de apelación en el procedimiento abreviado y*

[31] Cfr. en el mismo sentido, SAP Badajoz (Sección 3ª), de 12 de abril de 2007 (JUR 2007\290284): la Sentencia de apelación no puede resolver acerca de la culpabilidad sin un examen directo y personal del acusado, de modo que se exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y de las demás partes.

en el juicio de faltas otorga plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho asumiendo la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pasa a señalar que, en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECriminal otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE de manera que el Tribunal de apelación no puede variar la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el juez "a quo" cuando se trate de pruebas cuya valoración exige la inmediación propia del acto de la vista oral y el resultado de la apreciación de la prueba da lugar a que se dicte una sentencia absolutoria. En la "apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" pues vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías el Tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una Sentencia absolutoria y revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las pruebas de carácter personal sin respetar la inmediación y contradicción, siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia, vulnerándose paralelamente el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que, a consecuencia de ello, la condena carezca de soporte probatorio. Pues bien, limitada de esta manera la actuación del tribunal de apelación, cuando de la impugnación de sentencias absolutorias se trata, debe partirse de los hechos que la sentencia de instancia declara probados y analizar si los razonamientos contenidos en el recurso permiten apreciar, sin asomo de duda, la concurrencia de cuantos requisitos se exigen para que pueda dictarse sentencia condenatoria, sin olvidar que dicha prueba corresponde constituirla a la acusación que ejercita la acción penal, no a la defensa. En ese sentido, en la sentencia de instancia se da por probada la ajeneidad de la vivienda y la realización de un acto de fuerza por parte del imputado contra la misma al efecto de obtener la posesión de la misma. De esta forma, podría afirmarse que se cumple el elemento objetivo del tipo penal del artículo 245.2 del Código Penal. De ahí que la discusión se haya trasladado al ámbito subjetivo, a si cabe imputar al acusado la acción a título de dolo, es decir, si quería cometer el delito o, con la acción que ejecutaba, aceptaba como probable su comisión. Para la consideración de tal cuestión debe partirse de la situación concreta en aquel momento: la realidad de una larga relación de convivencia de pareja, la adquisición de varios inmuebles por los dos

miembros de la misma durante ese periodo, unos escriturados a nombre de uno, otros del otro, con la circunstancia de que tras la ruptura de la relación la denunciante ocupa una vivienda de él y él, otra vivienda de ella; asimismo, respecto del inmueble en que se ejecutó la acción que motivó la denuncia, la falta de concreción del destino anterior de la misma, pudiendo presumir una coposesión durante el tiempo de convivencia sentimental y desconociéndose lo que había pasado tras la ruptura, de manera que cabe afirmar la existencia de una atribución posesoria indistinta durante el periodo de relación que podría haber sido modificada unilateralmente por la denunciante tras la ruptura de la misma pero sin que conste que el denunciado fuese conocedor y consciente de ello. Podría oponerse a esto último que la denunciante estaría en su perfecto derecho pues el inmueble era de su titularidad pero ello ha de conectarse con la anterior situación coposesoria y la convicción del denunciado de tener algún derecho sobre la finca, convicción que se reconoce en la sentencia de instancia y que más bien jugaría en el terreno del error de tipo que en el de prohibición, pese a no ser fácil de discernir, por cuanto se trataría de la creencia de que, por haber pagado él parte del dinero del inmueble, también sería copropietario del mismo, error de tipo que, en el caso de su vencibilidad daría lugar a la consideración de la conducta como imprudente (artículo 14.1 del Código Penal), lo que en un delito que carece de tal forma de comisión produciría la absolución del mismo. En tales circunstancias, este tribunal no está en condiciones de modificar —en perjuicio del reo— la deducción de la juez de instancia sobre su ausencia de conciencia delictiva.

De esta forma, no se aprecia la concurrencia —sin asomo de duda, como exigen los principios penales de "in dubio pro reo" y presunción de inocencia— del elemento subjetivo propio del delito por lo que procede confirmar la absolución decretada en la instancia; a ello no se oponen las diversas alegaciones del recurso referidas a que la atribución patrimonial a la recurrente de la vivienda del acusado lo fue en virtud de resolución judicial pues tal extremo no consta en las actuaciones o que existe otra condena contra el imputado por otro hecho parecido o similar, no apareciendo el contenido de dicha condena ni del hecho allí imputado si bien podría pensarse que por los números de referencia que se citan se trata de hechos posteriores a los aquí enjuiciados".

La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia cuando no se celebre vista.

Si la sentencia apelada es anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que

se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez los actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

Contra la sentencia dictada en apelación no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del recurso de revisión[32] y del previsto para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado[33].

Los autos se devolverán al Juzgado a efectos de ejecución del fallo.

Por último, la sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

---

[32] Recurso de Revisión: artículos 954 a 961 LECrim. Artículo 954: Motivos: "Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: 1º Cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola. 2º Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena. 3º Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.4º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado".

[33] Artículo 793 LECrim: "1. En cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia conforme al artículo 786.1 2º, le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del plazo para ello y del órgano competente. 2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia".

BIBLIOGRAFÍA

BARBER BURUSCO, S., *"La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal"*. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales Vol. V parte Comentario. Editorial Aranzadi. BIB 1999\793.

BAUCELLS I LLADÓS, J. "La Ocupación de Inmuebles en el Código Penal de 1995". Tirant Monografías nº 79. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *"Práctica Jurisprudencial del Código Penal"*. Editorial Bosch.

HERRANZ CASTILLO, R. *"Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda"*. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 435. Editorial Aranzadi. BIB 2000\362.

LLOP CUENCA, P. *"Doctrina Penal de los Tribunales Españoles"*. Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación (DJUD_1237) www.tirantonline.com. TOL349.019.

ROCA AGAPITO, L., *"La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años"*. Repertorio de Jurisprudencia num. 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi. BIB 2000\1587.

VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, *"Comentarios al Código Penal de 1995"*. www.tirantonline.com. TOL 186.649.

www.westlaw.es

www.tirantonline.com

ACERCA DE LA DISCRECIONALIDAD U OBLIGATORIEDAD EN LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. UN DEBATE MÁS CERCANO A SU OCASO

POR
TOMÁS NAVALPOTRO BALLESTEROS
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID[1]

Sumario: 1. PUNTO DE PARTIDA: RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN. 2. OPINIONES FAVORABLES AL CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 3. BREVE INTRODUCCIÓN DE LA POSICIÓN DOCTRINAL PARTIDARIA DEL CARÁCTER REGLADO DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 4. RAZONES PARA APOSTAR DECIDIDAMENTE POR LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 4.1 La existencia de campos en que la discrecionalidad ya no tiene cabida. 4.2. Otros argumentos, de no poca importancia, favorables a la *doctrina reglada*. 5. LA PROGRESIVA ACOGIDA DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD EN LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL. 6. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL SOBRE LAS RESISTENCIAS SUBSISTENTES A LA VIGENCIA PLENA DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD SANCIONADORA.

1. PUNTO DE PARTIDA: RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

En nuestro Derecho, es capital la distinción de las potestades administrativas en regladas, considerando como tales aquellas en que la ley determina agotadoramente todos y cada uno de los elementos de su ejercicio, de modo que a la Administración no le queda otro margen de apreciación que el de comprobar su concurrencia o no en cada caso, y discrecionales, en las que, sin perjuicio de la predefinición normativa de alguna de las condiciones de su ejercicio —cuando menos su existencia, competencia, procedimiento y fin que deben perseguir—, algunos de sus aspectos quedan confiados a un margen de apreciación subjetiva de los órganos administrativos[2].

[1] En situación administrativa de Servicios en otras Administraciones Públicas. Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

[2] Aceptamos, sin necesidad de mayor disquisición sobre conceptos sobradamente conocidos, la conceptuación que de las mismas hacen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Vid. su Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 14ª edición, Thomson-Civitas, 2008, Navarra, pp. 462 y ss.

Sabemos también que la clasificación de un determinado tipo de potestad en uno u otro grupo es definitoria de la intensidad con que pueda realizarse el control jurisdiccional de su ejercicio. Aun siendo susceptibles de constatación los avances que se han producido en materia de reducción de la primigenia asimilación entre discrecionalidad y arbitrio administrativo[3], también es cierto que en la discrecionalidad sigue refugiándose un vasto campo de libertad de actuación —más o menos extensa— de la Administración.

Desde esta perspectiva, la discrecionalidad conlleva para la Administración la posibilidad de adoptar lícitamente una diversidad de soluciones ante un mismo problema, pudiendo ser considerada cada una de ellas, en principio, ajustada a Derecho. En tal medida, cuando se debate sobre el carácter discrecional o reglado de una determinada potestad de la Administración, se está condicionando al fin y al cabo la intensidad del posible control de su actuación por los Tribunales de Justicia.

En materia de potestad administrativa sancionadora, la discrecionalidad es susceptible de examinarse en diversos estadios de su ejercicio[4]. En primer lugar, en el comienzo del procedimiento sancionador. En segunda instancia, durante el procedimiento, en que la presencia de este principio queda reducida a la mínima expresión debido a la exigencia de predeterminación del procedimiento[5]. Finalmente, en el instante de dictar resolución, momento con respecto del cual se ha discutido si la Administración goza de cierto margen de discrecionalidad *para valorar la conducta y adecuarla al*

[3] Baste tener en cuenta el recordatorio de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 475 y 476, en el sentido de la innovación que supuso frente a la regulación precedente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, al excluir a los actos discrecionales del listado de actos excluidos de fiscalización. También, las técnicas de control consistentes en el control de sus elementos reglados (en particular, el elemento teleológico), de los hechos determinantes de su aplicación y el derivado de los principios generales del Derecho (mismos autores y obra, pp. 476 y ss.).

[4] La aplicación del principio de discrecionalidad al ámbito administrativo sancionador podría ser objeto de examen también desde la perspectiva reguladora. Así, podríamos plantearnos si existe una discrecionalidad preexistente a su ejercicio, residenciable en el ámbito normativo, que permitiera a la Administración moverse sin límites en la elaboración de la normativa sancionadora administrativa. Sabemos que tal libertad no es absoluta, tanto por las exigencias derivadas de la aplicación de los principios de legalidad en sus aspectos material y formal y de jerarquía normativa, como del resto de garantías y derechos constitucionales aplicables matizadamente al procedimiento sancionador.

[5] Art. 134.1 y 3 de la LRJAP. No obstante, no cabe descartar la posible existencia de concretos aspectos sujetos a decisión discrecional en el marco de un procedimiento sancionador. Es el caso, verbigracia, de la posibilidad de acumular procedimientos sobre la base del art. 73 LRJAP, a que se refiere la STS de 8/4/2008, rec. de casación 5509/2005.

tipo infractor y sancionador que corresponda, a fin de dar aplicación al principio de proporcionalidad[6].

Es mi intención centrarme en la primera de las facetas apuntadas, a saber, el posible juego del principio de discrecionalidad en la antesala del procedimiento administrativo sancionador, es decir, en el momento de su incoación. Lo que, en definitiva, nos vamos a plantear es si la Administración, ante el conocimiento de un acto u omisión aparentemente consistente en una infracción, tiene libertad para desestimar su investigación y persecución sobre la base de criterios de oportunidad, no obstante su apariencia de presumible ilicitud, o por el contrario está obligada, dándose esta misma circunstancia, a poner en marcha el procedimiento correspondiente.

Quiero recalcar *ab initio* la importancia de la respuesta que demos a nuestra pregunta. De la solución propuesta puede depender en buena medida la universalidad en la aplicación del Derecho, la seguridad jurídica del ciudadano y la garantía de un trato igual a los administrados. Pero, por otra parte, y desde la perspectiva contraria, también está en juego la preservación de un ámbito de libertad de apreciación del interés público que pueda permitir a la Administración adaptarse a las circunstancias de la realidad social en cada uno de los sectores regulados por el Derecho Administrativo.

Relevancia que también viene dada por su proyección sobre un vasto campo de la realidad social, teniendo en cuenta la *eclosión de la potestad sancionadora de la Administración* que se ha producido desde principios de los años 70[7]. Sin perder de vista que esta virtualidad extensiva, que no puede darse por cerrada, ha incorporado materias en que la Administración, sencillamente, tiene que adoptar una posición tuitiva de ciertos intereses colectivos.

La cuestión, si se planteara en relación con el proceso penal, no admitiría discusión, toda vez que en éste rige el principio de oficialidad

[6] RUIGÓMEZ MOMEÑE, A., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 336. Para evaluar la respuesta a esta interrogante, sirva la cita de la Sentencia de la Sala de lo C.-Advo. del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2005, rec. 2917/1999, que conceptúa sin ambages como reglada la capacidad para decidir "cuales son los hechos y conductas acaecidos en la realidad, si los mismos se subsumen o no en un tipo infractor previamente establecido en norma hábil para ello y cual la sanción que a tales hechos y conductas corresponde según las previsiones. También es una cuestión jurídica a resolver en términos jurídicos, la de decidir cual deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada".

[7] LOZANO CUTANDA, B, El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad, RAP, nº 161, mayo-agosto 2003, pp. 85 y 86.

u obligatoriedad de la acción punitiva, que, en su vertiente positiva, impone a Jueces y Tribunales castigar los ilícitos cometidos.[8] Sin embargo, en el Derecho Administrativo sancionador el estado de la cuestión no es igual de pacífico.

2. OPINIONES FAVORABLES AL CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Históricamente, se ha mirado con cierto recelo la atribución a la Administración de una potestad punitiva de la conducta de los particulares, y se ha puesto en duda, desde planteamientos liberales, la legitimidad de semejante apoderamiento[9]. Pero, incluso al margen de concepciones privatistas, se puede identificar una significativa corriente doctrinal favorable a la catalogación como discrecional del poder de poner en marcha el procedimiento administrativo sancionador.

Quizás haya sido Alejandro Nieto el más destacado defensor de dicha tesis, sobre la base de un planteamiento *realista*. Denuncia el insigne Catedrático que *"La Administración no ejerce de ordinario su potestad sancionadora, de tal manera que sólo una mínima parte de las infracciones que se cometen llegan a ser castigadas"*[10].

Con esta premisa, viene a preconizar un ejercicio de la potestad sancionadora basado en el **principio de oportunidad**, que *"establece la posibilidad o permisibilidad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo, la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo"*[11]. No obstante, la facultad de sancionar se convertiría en obligación cuando existieran terceros interesados en que la Administración actúe.

En cualquier caso, la tesis de Alejandro Nieto se basa más en argumentos empíricos que jurídicos. Baste traer a colación su propia confesión:

[8] En cuanto a su proyección negativa, impide a los jueces incriminar aquellas conductas que no se hallen penadas por la ley, designio del que participa el procedimiento administrativo sancionador a resultas del principio de tipicidad. Sobre esta doble manifestación, vid. LOZANO CUTANDA, B, ob. cit., p. 83.

[9] En este sentido, SABÁN GODOY, A., El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, p. 40.

[10] Concretando que "en materia de tráfico, alimentación, seguridad en el trabajo o urbanismo, de seguro que no llegan al uno por mil". NIETO, ALEJANDRO, Derecho Administrativo Sancionador, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 142.

[11] NIETO, ALEJANDRO, ob. cit., p. 143. Esta doctrina enlaza —según significa el citado autor— con las enseñanzas de Zanobini, que, frente al deber que para el Estado supone la imposición de las penas derivadas de los hechos delictivos, sustentó la consideración de la potestad sancionadora como un derecho subjetivo de la Administración y, como tal, susceptible de ejercicio voluntario.

"Sé de sobra que esta tesis repugna al sentimiento de justicia y quebranta el principio de igualdad; pero hay otra razón más pesada que la abona, a saber: ***la realidad****. Sería ingenuo aquí decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne; la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a los infractores. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así.* ***Ad impossibilia nemo tenetur****: el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible"*[12].

Anotada la aportación de Alejandro Nieto, hay que significar que tampoco han faltado esfuerzos doctrinales por reforzar el asiento jurídico de la tesis de la discrecionalidad en el ejercicio —en su fase incipiente— de la potestad sancionadora. Entre los autores que han dedicado sus esfuerzos a dotar de basamento jurídico a dicha interpretación merece un lugar destacado Huergo Lora, que, en un artículo que adquirió amplia difusión[13], identificó las **ventajas que conllevaría la catalogación como discrecional de la facultad** que examinamos:

- No arrinconar a la ilegalidad gran parte de la actuación, o más bien de la inactividad, de la Administración, toda vez que ésta resulta impotente para perseguir todas las infracciones que en la práctica se cometen.
- Garantizar el respeto del principio de igualdad al permitir la aplicación de la doctrina del precedente cuando la Administración cambie irrazonablemente de criterio, decidiendo sancionar conductas que, hasta el momento, no hubieran merecido reprobación administrativa (argumento que tiene su razón de ser en la doctrina jurisprudencial que admite la aplicación del precedente exclusivamente en relación con los actos administrativos de contenido reglado).
- Permitiría a la Administración ajustarse a las exigencias del interés público en el ejercicio de la potestad sancionadora; así, en aquellos ámbitos en que no fuera posible castigar todas las infracciones, aquélla podría *economizar esfuerzos y concentrarse en los casos más importantes, realizando el verdadero fin de las normas sancionadoras, que no es sancionar, sino hacer que se cumpla la norma*[14].

[12] NIETO, ALEJANDRO, ob. cit., p. 144.

[13] HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", RAP nº 137, mayo-agosto de 1995, pp. 189 a 238.

[14] Frente al automatismo propio de la persecución de los ilícitos penales por los órganos judiciales, la Administración podría ajustar el ejercicio de la potestad sancionadora a

- Finalmente, colocaría nuestro Derecho en línea con el Comunitario. Invocaba en este sentido la discrecionalidad reconocida a la Comisión Europea en materia de competencia, ámbito en que, ante la sobrecarga de trabajo e insuficiencia de personal del órgano comunitario, se permite archivar una denuncia cuando carezca de fundamentación suficiente o cuando, pese a existir indicios de infracción, no concurra un *interés comunitario* en la continuación del procedimiento[15].

En definitiva, conforme a esta posición doctrinal, la posibilidad de control de un inadecuado ejercicio de la discrecionalidad preconizada, quedaría confiada a los casos en que la falta de incoación del procedimiento sancionador tuviera carácter *arbitrario, discriminatorio, desproporcionado o carente de toda justificación objetiva*[16].

No obstante, Cobreros Mendazona[17] introduce una interesante matización en esta corriente, al preconizar desgajar de la discrecionalidad reconocida con carácter general en orden a la incoación, aquellos casos en que la gravedad de los hechos o sus repercusiones así lo aconsejen. Sin desmerecer el interés de esta aportación como hipótesis de trabajo de *lege ferenda*, en el momento actual introduciría un factor de inseguridad jurídica, pues, realmente, semejante diferenciación no aparece recogida en nuestro Ordenamiento Jurídico, quedando en definitiva en manos de la Administración decidir en cada caso la *gravedad o repercusión* de la infracción.

las cambiantes exigencias del interés público, orientándolo, en definitiva, al fin para el que se ha otorgado esa potestad.

[15] Razonaba HUERGO LORA que esta discrecionalidad, legitimada por el Tribunal de Primera Instancia en las Sentencias AUTOMEC II y BEUC, de 18 de mayo de 1994, habría permitido a la Comisión un ejercicio ágil de la potestad sancionadora, estableciendo prioridades, negociando con los destinatarios de la norma para su ajuste gradual a lo exigido por aquélla o con vistas a obtener el cumplimiento de obligaciones distintas —pero relevantes a juicio de la Comisión— de la incumplida, etcétera.

[16] En este sentido, GÓMEZ PUENTE, M., La inactividad de la Administración, Editorial Aranzadi, Elcando (Navarra), 1997.

[17] COBREROS MENDAZONA, E., El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador, en "El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo", Coord. SOSA WAGNER, F., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Este autor postula el carácter discrecional de la iniciación del procedimiento sancionador, que le permitiría desviarse de una previa práctica de tolerancia frente a otras conductas similares. A esta conclusión apuntaría, aduce, la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que impide reconocer una discriminación a favor de quien se encuentra en la ilegalidad —SSTC 29/1989, 36/1991, 21/1992 y 93/1992—. No obstante, insiste en la necesidad de tener en cuenta en todo caso los límites de la discrecionalidad, particularmente el elemento teleológico, que excluye la desviación de poder.

3. BREVE INTRODUCCIÓN DE LA POSICIÓN DOCTRINAL PARTIDARIA DEL CARÁCTER REGLADO DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Frente a los autores a que nos acabamos de referir, otros han defendido con igual énfasis la tesis contraria, es decir, el carácter reglado del ejercicio de la potestad sancionadora, considerada en su momento inicial. Una primera fase de acercamiento superficial a esta posición doctrinal puede ser abordada a través de las enseñanzas de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, a cuyo parecer, "*en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración*"[18].

En la misma línea, Rebollo Puig, que, anticipando un futuro previsible y desolador, atisbó que la sanción "*ya no sería consecuencia jurídica necesaria de la infracción que puede lícitamente quedar impune a voluntad de la Administración, sino de la conjugación de una serie de factores aleatorios entre los que jugarían un papel fundamental las buenas relaciones con las autoridades y funcionarios, empezando por los mismos inspectores*"[19].

Puestos a profundizar, destacan sobremanera las aportaciones de Lozano Cutanda[20]. Esta autora ha esgrimido convincentes razones para la superación de la doctrina favorable a la libertad administrativa en la iniciación del procedimiento. Sus argumentos van desde el imperativo de eficiencia ("*si las sanciones administrativas se aplicaran sin excepción, en todos los supuestos previstos, no haría falta ese incremento desorbitado de la cuantía de las sanciones administrativas y, sobre todo, se lograría mucho mejor... la disuasión de la infracción del ordenamiento jurídico*"), hasta principios clave de nuestro Ordenamiento. En este último sentido invoca los principios de seguridad jurídica, enfatizando la incertidumbre del ciudadano ante una hipotética libertad administrativa en la materia, y de legalidad, *con su corolario de obligatoriedad de aplicación de la norma sancionadora prevista*. Incide igualmente en el reconocimiento del principio de oficialidad que se hace en determinadas regulaciones sectoriales, y en la dificultad de conciliar un reconocimiento de la discrecionalidad de la Administración en el campo que examinamos, con la posición de

[18] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, tomo II, 11ª ed., 2008, p. 191.

[19] REBOLLO PUIG, M., Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1989, p. 714.

[20] LOZANO CUTANDA, B. ob. cit., pp. 83 a 121.

garante de ciertos bienes o intereses que corresponde desempeñar a la Administración en ciertas parcelas de la actividad social.

Queden apuntadas de momento estas importantes matizaciones, sobre las que habremos de abundar más adelante.

4. RAZONES PARA APOSTAR DECIDIDAMENTE POR LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

4.1. La existencia de campos en que la discrecionalidad ya no tiene cabida

1. Se puede decir que el discurrir de los años que han sucedido a las primeras aportaciones doctrinales en torno a la eventual existencia de un deber administrativo de incoación del procedimiento sancionador, en especial las de la profesora Lozano Cutanda, han profundizando la tendencia de nuestro Derecho Administrativo al principio de oficialidad en materia sancionadora que aquélla supo anticipar[21]. O, en sentido contrario, que la evolución legislativa está poniendo de manifiesto la dificultad cada día mayor de poder sostener la pervivencia de una pretendida discrecionalidad administrativa en cuanto a la incoación del procedimiento administrativo sancionador.

En efecto, debemos advertir que, en determinados sectores de la actuación administrativa, el legislador regula la potestad sancionadora en términos de los que por fuerza ha de deducirse la existencia de un deber de darle inicio, siempre que concurran las circunstancias necesarias para ello[22].

Sin pretensión de hacer un examen exhaustivo de la legislación estatal, una primera muestra de lo que exponemos la constituye la **Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas**, cuyo artículo 102 proclama que, *"Advertida la existencia de una posible infracción, el órgano competente, previas las diligencias oportunas,* ***incoará*** *al presunto infractor expediente sancionador..."*[23].

[21] LOZANO CUTANDA, B, ob. cit., p. 99.

[22] Sobre este aspecto, vid. HUERGO LORA, A., ob. cit., p. 216.

[23] La misma norma se haya reproducida en el art. 193 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas. El énfasis del legislador de costas en asegurar el castigo de las infracciones se refleja también en el art. 101.1 de la Ley 22/1998, al proclamar que "Los funcionarios y autoridades correspondientes estarán obligados a formular las denuncias, tramitar las que se presenten y resolver las de su competencia, imponiendo las sanciones procedentes".

Siguiendo la misma línea de investigación, de muy desarrollada puede tildarse la regulación establecida en la **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**[24]. En este caso, a la posibilidad de que cualquier persona, interesada o no, formule denuncia, se ha añadido la obligación de la Dirección de Investigación de incoar expediente *"cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas"* (art. 49.1). En la misma línea, el art. 49.3 permite al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la ley y el archivo de las actuaciones, cuando considere que no hay indicios de infracción (*a sensu contrario*, debería incoarse si éstos se estimaren concurrentes)[25].

En **materia de tráfico**, el principio de oficialidad asoma en virtud del juego combinado de dos preceptos —todavía vigentes—. El primero de ellos es el art. 75.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que incorpora el deber de los Agentes de la Autoridad encargados del servicio de vigilancia de tráfico en relación con la denuncia de *las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la seguridad vial*[26]. A su vez, este precepto ha de ser puesto en relación con en el Real Decreto 320/1994, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, cuyo art. 3 otorga a la denuncia del agente de la autoridad la condición de acto iniciador del procedimiento[27]. Puestos en relación uno con el otro, resulta la obligación del

[24] En la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, LOZANO CUTANDA (ob. cit., pp. 98 y 99), había interpretado a sensu contrario la presencia del principio de oficialidad en su art. 36 bis, añadido por la modificación efectuada por la Ley 59/1999, en cuanto permitía no acordar la iniciación del procedimiento sancionador en casos excepcionales.

[25] Conviene fijarse en la delimitación de la existencia de indicios racionales de infracción como elemento determinante de la obligatoriedad de la incoación del procedimiento, aspecto sobre el que más adelante insistiremos. Asimismo, en la obligación de la Comisión Nacional de la Competencia de acordar formalmente la no incoación del procedimiento, en aquellos casos en que tal posibilidad se le permite. Son dos aspectos que coadyuvan a la seguridad jurídica y al control de la actividad administrativa.

[26] En torno a este precepto, vid. CANO CAMPOS, T., Los Ayuntamientos y el Tráfico, Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2006, pp. 170 a 176. De hecho, tanto la Ley de tráfico como el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico conceptúan a este tipo de denuncias como obligatorias, diferenciándolas así de las que puedan presentar los particulares, que se vienen a calificar como meramente voluntarias.

[27] A ello se suman los términos imperativos que utilizan los arts. 65.1 y 67.1, que contemplan las condenas aplicables a cada infracción, al decir que las infracciones serán

agente de la autoridad de incoar procedimiento sancionador en relación con las infracciones que observe en su cometido de vigilancia del tráfico[28].

Otra de las parcelas de la actividad administrativa en que se ha impuesto claramente la obligatoriedad sancionadora es la consistente en la aplicación de la **normativa de protección de datos de carácter personal**. Ello tiene su explicación en que, con carácter excepcional en nuestro Derecho Administrativo, la Agencia Española y a las agencias autonómicas de Protección de Datos son órganos a los que el Ordenamiento Jurídico atribuye directamente la defensa de un derecho fundamental[29]. En particular, el principio de oficialidad se desprende claramente (aparte de la utilización de la expresión imperativa en el art. 45 de la LOPD) del art. 126 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. A su tenor, si de las actuaciones previas practicadas *no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna*, el Director de la AEPD dictará resolución de archivo. En caso contrario, esto es, *de apreciarse la existencia de indicios susceptibles de motivar la imputación de una infracción*, la misma autoridad ***deberá dictar*** *acuerdo de inicio de procedimiento sancionador o de infracción de las Administraciones públicas.*

sancionadas en la forma que en cada caso se prevé. Ahora bien, no hay que olvidar la advertencia de CANO CAMPOS, T., ob. cit., p. 173, en el sentido de que el Tribunal Supremo, Sala de lo C.-Advo., en sentencias de 15 de noviembre de 2000, 23 de mayo de 2001 y 17 de noviembre de 2003, entre otras, ha matizado que la denuncia únicamente supondrá la iniciación del procedimiento en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados y en la misma se hayan hecho constar una sucinta exposición de los hechos, la matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, hecho y hora de la misma.

[28] Por otra parte, hay que anticipar que el principio de oficialidad se mantiene en pie en la recientemente aprobada Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por el que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Sus arts. 65.1, 66 y 67.1, se refieren a que las infracciones a la misma serán sancionadas en los términos en ella establecidos. Por su parte, el art. 74.1 mantiene el deber de denuncia de las infracciones detectadas por los Agentes de la Autoridad, y el 73.2 la condición de acto iniciador del procedimiento sancionador de dicha denuncia, siempre que sea notificada en el acto al denunciado.

[29] Recuérdese que el art. 37.1.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la función de "velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos."La aplicación de esa normativa es, en términos de interposición legislativa, conditio sine qua non de la vigencia del derecho fundamental.

2. Por razones que a nadie se les escapan, una de las materias en que la reserva de un ámbito de libre decisión de la Administración en **materia** sancionadora podría producir efectos más perversos, es la **urbanística**. Es por ello por lo que, en la misma, abundan los ejemplos de normativas claramente alineadas en pos de la consecución del principio de oficialidad.

Con carácter meramente indicativo, podemos mencionar el art. 204 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. No puede ser más explícito el legislador autonómico, al afirmar sin tapujos el ***carácter irrenunciable*** del ejercicio de la potestad sancionadora. El deber de autoridades y funcionarios de *iniciar y tramitar, en los plazos previstos en cada caso, los procedimientos establecidos* para su ejercicio, se combina con la previsión de **responsabilidad disciplinaria** de quien lo incumpla.

En Galicia, la Ley 9/2002, del Suelo y Urbanismo, proclama con similar rotundidad que *"Toda infracción urbanística* ***conllevará*** *la imposición de sanciones a los responsables"*. Resulta igualmente significativo el art. 335 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, al mencionar primero que *"Las Administraciones públicas deben velar por el adecuado cumplimiento de la normativa urbanística mediante la actividad administrativa de protección de la legalidad"*, actividad en la que se incluye la potestad sancionadora, y corroborar a continuación que *"Con carácter general, toda infracción urbanística* ***determina*** *la imposición de sanciones a sus responsables"* (apdos. 1 y 2 del mencionado precepto, respectivamente)[30].

[30] Con semejante contenido, el art. 217.2 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja y el art. 513.1 del Decreto 67/2006, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana. Sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden enumerar otros supuestos de recepción del principio de oficialidad en la normativa urbanística autonómica. Entre ellos, el art. 252.3 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias, al imponer a la autoridad local competente dictar providencia de incoación siempre que tenga conocimiento de un hecho presuntamente constitutivo de infracción urbanística, salvo que las informaciones complementarias practicadas justificaran una resolución de archivo. O el art. 191 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, que, además de obligar a realizar las actuaciones necesarias para esclarecer los hechos consistentes en una presunta infracción o, en su caso, acordar directamente la incoación, califica de ejercicio preceptivo la potestad de protección de la legalidad urbanística, que engloba la competencia sancionadora. En lo que se refiere a nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, no recoge expresamente la obligatoriedad de proceder a la incoación, si bien se acerca a este resultado mediante una aportación interesante en mérito a no dejar impunes las infracciones: la consideración de la inspección urbanística como una potestad de ejercicio inexcusable (art. 90).

Incluso en el **Reglamento de Disciplina Urbanística** (R.D. 2187/1978, de 23 de junio), no obstante ser de época anterior a la eclosión del *problema* urbanístico, se produce igualmente constante uso de la expresión imperativa (*"serán sancionados"*) en la enumeración de tipos sancionadores contemplada en sus arts. 66 a 90. En fin, no puede sino significarse un generalizado reconocimiento del principio de oficialidad en el ámbito urbanístico, que ha llevado incluso a la articulación de fórmulas corporativas encaminadas a garantizar el ejercicio de la potestad sancionadora[31].

3. En otras ocasiones, el deber de incoación del procedimiento sancionador pasa más desapercibido, pues, si bien el legislador se refiere en términos de imperatividad al ejercicio de la potestad sancionadora, no lo hace al regular la incoación del procedimiento. Por el contrario, el legislador, al relacionar los tipos infractores en determinada normativa sectorial, contempla la sanción con que *serán sancionadas* las conductas correspondientes. En este grupo se puede citar, verbigracia, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante., cuyo art. 119.1 dispone que *"Las acciones u omisiones que sean constitutivas de infracción **serán sancionadas** según las disposiciones contenidas en esta Ley"*[32]. En sentido similar, el art. 20.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco[33].

[31] Es el caso de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 229 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos de Canarias y Decreto 189/2001, de 15 de octubre, por el que se aprueban sus Estatutos) y de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de Galicia (art. 226 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y del Medio Rural de Galicia y Decreto 213/2007, de 31 de octubre, relativo a sus Estatutos). En ambos casos, se trata de organismos administrativos de naturaleza consorcial, que ejercen las competencias autonómicas en materia de disciplina urbanística, así como las de aquellos Municipios (Cabildos Insulares y Ayuntamientos, en el caso de las Islas Canarias) que voluntariamente se integren en los mismos.

[32] Además, en este caso, en parecidos términos a los ya vistos en la Ley de Costas, el art. 125.1 de la Ley 27/1992 estatuye la obligación del personal y autoridades de costas, de "formular las denuncias, tramitar las que se presenten, y resolver las de su competencia imponiendo las sanciones procedentes".

[33] No hay que pasar por alto, en materia de control del tabaquismo, que el art. 29.1 de la ley se puede interpretar en el sentido de reforzar la exigencia de ejercicio por la Administración de sus poderes sancionadores, al permitir al titular de un derecho o interés legítimo afectado exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y el cumplimiento de lo dispuesto en la ley.

4. Otras leyes conducen a la aplicación del principio de oficialidad sancionadora de una forma todavía más sutil. Así, la obligación que a las Administraciones Públicas impone el art. 28 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del **Patrimonio de las Administraciones Públicas**, en el sentido de proteger y defender su propio patrimonio, ejerciendo las potestades administrativas conducentes a ello, difícilmente podría justificar la abstinencia de la Administración ante el conocimiento de un hecho infractor. Tampoco se nos ocurre cómo podría la Administración General del Estado dar cumplida aplicación a su deber de *garantizar la **conservación del Patrimonio Histórico Español*** (art. 2.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español), si hiciese dejación de sus facultades sancionadoras en los casos en que haya méritos para su ejercicio. En estas regulaciones, el legislador impone un deber positivo de actuación a las Administraciones Públicas, que se antoja incompatible con una hipotética inactividad en el capítulo sancionador.

Y es que abundan los supuestos en que los fines cuya consecución atribuye a la Administración el legislador, impiden que las potestades administrativas puedan ser ejercida de una forma *neutral*, pues está llamada a la defensa de intereses públicos o colectivos a los que la Administración, por imperativo legal o constitucional, no puede dejar de servir. Es el caso, sin ir más lejos, de la función tuitiva que le corresponde asumir en materias tales como la protección de los consumidores, la intervención en el campo de la salud pública o la prevención de riesgos laborales.

Singularmente, en **materia de medio ambiente**, ha significado el Tribunal Constitucional, que el deber de protección *ex* art. 45.2 CE *"consiste en una acción de amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva, según indica claramente el texto constitucional"*[34]. De mala manera se podría satisfacer este derecho si se dejara al arbitrio de la Administración la posibilidad de adoptar las medidas que más directamente pueden contribuir a su salvaguardia, que serán las de carácter reactivo contra los actos que

[34] "Ahora bien —sigue diciendo el Alto Tribunal- no sería bueno olvidar que la protección siempre se plantea contra "algo", los peligros más arriba sugeridos y contra "alguien" cuya actividad resulta potencial o actualmente dañina para los bienes o intereses tutelados. Pues bien, en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas. La protección resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos" (STC 102/1995, de 26 de junio).

pongan en peligro o sencillamente lesionen aquel bien jurídico tutelado constitucionalmente.

Como especie dentro del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, pero también relacionado con la protección de otros muchos derechos constitucionales (a la intimidad, a la libertad de residencia, a la salud, a la cultura, etcétera), hay que traer a colación igualmente la **defensa de los ciudadanos frente al ruido**. En este sector, numerosas sentencias, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que propulsó un giro en la práctica jurisdiccional española a raíz de la Sentencia de 16 de noviembre de 2004, en el asunto Moreno Gómez contra España, han condenado a la Administración a consecuencia de la falta de adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de los límites que para la defensa de la salud, el medio ambiente y el disfrute de la intimidad, establezca en cada caso la normativa administrativa —generalmente, en el tercer y último escalón de protección que permite la configuración de competencias en cascada en materia medioambiental, las Ordenanzas Municipales—[35]. Carecería de sentido limitar la extensión de este deber de protección a la imposición a la Administración del deber de adopción de medidas preventivas —previas a la incoación del procedimiento administrativo sancionador—, cuando es precisamente el ejercicio de la potestad sancionadora el que con mayor eficacia y firmeza puede conseguir el ajuste de la conducta de los particulares a las exigencias del Ordenamiento Jurídico.

Finalmente, en otras ocasiones, la Administración está llamada a garantizar la prestación de un determinado bien o producto en condiciones mínimas de calidad; es el caso de los supuestos englobados en el concepto de **servicio universal**, que ha venido a sustituir en determinados sectores (telecomunicaciones, energía, etcétera) al tradicional de servicio público. En tales *sectores regulados*, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración supone precisamente la garantía de los derechos de los consumidores

[35] Entre los casos de condena por inactividad administrativa en materia de ruido, cabe citar, a título meramente paradigmático, la Sentencia 56/2007, de 14 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en relación con la situación que durante años padecieron los vecinos del barrio zaragozano del Moncasi, y la 14/2007, de 26 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, con referencia a los ruidos provocados a los vecinos del centro de la ciudad por las fiestas del Carnaval. En éste, como en otros muchos casos que adornan la jurisprudencia menor, nuestros órganos jurisdiccionales, sumándose a la línea iniciada por la sentencia anteriormente citada del Tribunal de Estrasburgo, fundamentan la condena de la Administración por su inactividad en la falta de adopción de medidas de control frente a los actos de los particulares que infrinjan la normativa correspondiente.

—o en ocasiones de los propios prestadores del servicio— frente a posiciones de dominio o el impedimento de que tradicionales situaciones de monopolio puedan ejercerse en detrimento de la transparencia o la igualdad del mercado[36].

5. También son muchos los casos en que, no obstante residir la competencia legislativa en el Estado o en las Comunidades Autónomas, incluyendo la previsión de un régimen sancionador, sin embargo, **la competencia para sancionar se distribuye entre distintas Administraciones**.

Así ocurre, por ejemplo, en materia de tráfico, en que la potestad sancionadora resulta ejercida, en función del lugar en que se cometa la infracción —vías urbanas— o del tipo de infracción —infracciones en materias de publicidad y licencias—, por los Municipios, Administración en cualquier caso distinta de la estatal, competente para establecer el régimen sancionador primario en la materia.

Suele ocurrir lo mismo, en función de cada legislación autonómica, en materia urbanística, en que la potestad para sancionar queda en no pocas ocasiones en manos de las Entidades Locales. Así, la Comunidad de Madrid, cuya Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, distribuye la competencia sancionadora entre las Administración autonómica y municipal, en función de la población y de la cuantía de la multa (art. 232)[37]. Es más, el hecho de que, en estos casos, se suela prever la posibilidad de ejercicio subsidiario de la potestad sancionadora en caso de inacción de los órganos municipales, es suficientemente revelador de la medida en que el legislador concibe su ejercicio como una obligación.

Pues bien, en estos supuestos los Municipios son llamados a ejecutar determinada regulación sancionadora. Si se dejara en sus manos el decidir libremente su inaplicación, merced a una catalogación

[36] En estos casos, difícilmente podemos concebir una actuación justa de los órganos reguladores si no se les sujeta a reglas imperativas, sobre todo teniendo en cuenta la importancia de los intereses económicos y estratégicos puestos en el tapete.

[37] También de otras muchas Comunidades Autónomas. Verbigracia, la de Castilla y León, en virtud del art. 111 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, que prevé la competencia municipal para sancionar, sin perjuicio de la posibilidad de sustitución por la Diputación Provincial si no la ejercitare, o de su aplicación por la Comunidad Autónoma si estuvieren afectados intereses supramunicipales. O la de La Rioja, que otorga a los Ayuntamientos la competencia sancionadora general en materia urbanística, a salvo de su ejercicio por la Comunidad Autónoma en caso de dejación por parte de aquéllos (art. 222 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo). En Cataluña, el art. 214 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, hace descansar igualmente el protagonismo sancionador en los Ayuntamientos, confiando a la Comunidad Autónoma la imposición de sanciones de multa superior a 300.000 euros.

discrecional de la competencia administrativa para incoar el procedimiento, se les facilitaría directamente la posibilidad de arrinconar la fuerza obligatoria de unas normas que están llamados a materializar. Con el insoslayable perjuicio al derecho a la igualdad de los administrados, pues el celo o desidia de cada autoridad local a la hora de aplicar un mismo sector del Ordenamiento, determinaría un imprevisible cambio de régimen jurídico al pasar de un Municipio a otro.

6. En fin, si consideramos que *las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función*, debiendo ser ejercitadas en beneficio del interés público, y que ello supone, positivamente, la obligación de ejercicio de esas potestades por la Administración cuando el interés comunitario lo exija[38], concluimos el escaso, si no nulo, margen que podría quedar a una pretendida discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad sancionadora.

4.2. Otros argumentos, de no poca importancia, favorables a la doctrina reglada

1. Aparte de los argumentos que se han enumerado al hacer un repaso de las opiniones doctrinales favorables a la oficialidad sancionadora, existen otros que, si cabe, pueden servir para reforzar todavía más su posición.

En primer lugar, desde una perspectiva ontológica, cabe recordar que uno de los fundamentos de la existencia de la norma penal, y la sancionadora en sentido amplio lo es, es su **finalidad preventiva**, esto es, la confianza en que la fuerza taumatúrgica del *miedo a ser sancionado* se convierta en un acicate para que la ley sea observada por sus destinatarios. La función preventiva de la norma puede distinguirse, al menos, en dos estadios. El primero, el de promulgación de la norma, de modo que su sola existencia y la contemplación de las potenciales consecuencias que su aplicación tendría, anime al administrado a respetar su integridad. El segundo, el de su aplicación, que se hace efectivo —en el caso de las normas sancionadoras— mediante la imposición de la sanción. Una norma sancionadora cuya aplicación no estuviere asegurada, vería reducida de modo automático su capacidad persuasiva.

[38] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 14ª edición, Thomson-Civitas, 2008, Navarra, pp. 455 y 456.

Tampoco está de más traer a colación el **principio de seguridad jurídica**, que quedaría en entredicho si la Administración, sin preaviso ni razonamiento previo exteriorizado, pudiera cambiar su criterio por motivos de oportunidad. El destinatario de la norma desconocería, en definitiva, qué conductas infractoras son transigidas por la Administración, pues, siendo cambiantes las exigencias del interés público, modificable sería en cualquier momento la tendencia administrativa en torno a determinada infracción, máxime cuando, en principio, la invocación del principio de confianza legítima no resultaría exitosa frente a una aplicación desigual de la ley[39].

Otro argumento lo podemos extraer de la **interdicción de que las sanciones pecuniarias puedan resultar más favorables al infractor** que el cumplimiento de las normas (art. 131 LRJAP[40]). Obviamente, el reconocimiento del carácter discrecional del ejercicio de la potestad sancionadora, que exigiría poco más que una correcta motivación para que la Administración pudiera dejar sin castigar un sinfín de conductas infractoras, sería el maná de los incumplidores.

2. Finalmente, hemos de hacer un ejercicio de adivinación. En la **comparación ideal o hipotética** entre la situación existente en un estadio de reconocimiento generalizado de la potestad sancionadora como reglada, conminado a la Administración a su ejercicio, y la que se produciría de admitirse el generalizado libertinaje administrativo en la decisión de instruir procedimientos sancionadores, encontramos un argumento capital.

El riesgo de una generalizada situación de corruptela ante la atribución de una difícilmente controlable potestad de sancionar discrecionalmente existiría, y en su temor habría de considerarse muy especialmente la importancia de los intereses puestos en juego en amplias parcelas de la actividad administrativa. No por usada ni por el paso del tiempo, deja de tener actualidad la advertencia del Magistrado Sabán Godoy[41]:

"Ante el exceso de poder y la amplitud de posibles infractores, la inacción, en su sencillez y comodidad, otorga la más incontrolable potestad.

[39] Con respecto a dicho principio, vid., entre otras muchas, las SSTS de 21/2 y de 20/6/2006, recursos de casación 5959/2001 y 9438/2003, respectivamente, ambas en materia sancionadora.

[40] "El establecimiento de las sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

[41] SABÁN GODOY, A., El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, p. 43.

Sancionar es tarea comprometida, penosa y expuesta; no hacerlo, o dejar prescribir la facultad, en la práctica resulta impune. Asociada esta posibilidad a las cuantías en juego en algunos sectores (nuclear, mercados, fiscal, etc.) aquélla nos da una posible idea de los eventuales efectos que puede tener para la introducción de intereses ajenos a los públicos".

En particular, apuntemos la facilidad con que se podría utilizar la discrecionalidad en sentido denegatorio de la incoación, es decir, favorable al supuesto infractor, en aquellos casos en que la entidad sancionada fuera otra Administración Pública[42].

Como tampoco puede caer en el desprecio la posibilidad de que la Administración evadiera sus responsabilidades de persecución de la actividad infractora mediante el trámite de dejar prescribir la acción sancionadora. Obviamente, se trataría de una actuación (omisión) en fraude de ley, difícilmente conocible extramuros de la Administración y de muy compleja revisión en vía jurisdiccional. Cuánto más difícil, si no imposible, sería el control de esta posible desviación, si se le otorgara libertad para dejar de iniciar el procedimiento consecuente a la comisión de una infracción.

5. LA PROGRESIVA ACOGIDA DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD EN LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL

1. Del examen que hemos realizado hasta el momento, centrado en el análisis de diversos sectores de nuestra legislación, se puede deducir una progresiva tendencia de la misma a la acogida del principio de oficialidad en materia sancionadora. Ahora bien, nuestro examen sería claramente incompleto si no nos detuviéramos a analizar el criterio que los tribunales de lo contencioso-administrativo vienen siguiendo en torno a la cuestión planteada. Al fin y al cabo, nos encontramos ante una materia que suscita dudas interpretativas, dada la falta de una regla general expresa en nuestra legislación, y por ello —como hemos visto—, ha generado una acentuada discrepancia doctrinal. De ahí que la práctica de los Tribunales de Justicia pueda ser útil para desnivelar la balanza en una u otra dirección.

[42] Descarto, en principio, la posibilidad de autosanción de la Administración, salvo que la potestad sancionadora hubiera de desplegarse sobre entes instrumentales con personalidad jurídica diferenciada. En torno a la sanción a sí misma de la Administración, resulta interesante el Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (hoy también Abogacía General del Estado) de 12 de febrero de 1997, referencia A.G. Servicios Jurídicos Periféricios 11/96, Ponente MAS VILLARROEL, Luciano. Este informe se puede consultar en la página web institucional www.mju.es.

Se puede decir que los **primeros precedentes** de recepción del principio de oficialidad sancionadora en vía jurisdiccional son aislados y dispersos. Sin embargo, Huergo Lora[43] rescató algunas resoluciones, en que en la **jurisprudencia del Tribunal Supremo** comenzaba a despuntar la afirmación de la existencia de un deber de iniciación del procedimiento sancionador por la Administración. Resaltemos tres citas claramente ilustrativas; la primera de ellas es la Sentencia de 24 de septiembre de 1976 (RJ 1976\4564), en que ya se afirmaba que "*La Administración... viene obligada a ordenar la incoación del procedimiento de sanción, puesto que en puridad la incoación no es un acto discrecional del órgano administrativo, sin que ello obste a que pueda rechazar de plano o no considerar las denuncias apócrifas o carentes de fundamento*".

En el campo de la disciplina urbanística, llama la atención la STS de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992\2245), que, ante la pasividad durante largo tiempo de un Ayuntamiento frente a la denuncia de un particular, enfatiza que "*El último argumento del Ayuntamiento apelante, convirtiendo en una simple facultad el deber de abrir expediente ante una denuncia del tipo de la de autos, es aún más rechazable, ya que ante el problema de una posible infracción administrativa, en general, y muy especialmente ante una de naturaleza urbanística, la Administración no tiene opciones, puesto que la simple sospecha de encubridora de cualquiera de ellas, no sólo representa una dejación de sus deberes de orden público, sino hasta motivo de reprobación por la ciudadanía de carácter ético-político*".

Matizando el presupuesto que da lugar al nacimiento de aquella obligación, la Sentencia de 13 de marzo de 1992 (RJ. 1991\5844) significaba que "*...la apertura del expediente sancionador procede siempre que en el caso se den indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa, no siendo ello decisión discrecional de la Administración, sino obligación de la misma en cuanto se dé la citada situación indiciaria, a fin de constatarla y si ello sucede... la necesidad de abrir el expediente deviene obligada para la Administración, siendo el cumplimiento de tal deber controlable jurisdiccionalmente, al venir impuesto en la ley*".

Del mismo modo, en la jurisprudencia de principios de la década encontramos algunos ejemplos de sentencias que impiden el rechazo de la denuncia cuando tenga cierto fundamento de realidad la conducta denunciada, obligando a la Administración al inicio del procedimiento administrativo sancionador (STS de 22 de mayo de 2002, RJ 2002\7412) o, al menos, a la práctica de diligencias informativas

[43] HUERGO LORA, A., ob. cit., pp. 216 y 217.

(SSTS de 19 de septiembre de 2002, RJ 2002\5076, y de 10 de marzo de 2003, RJ 2003\3065)[44].

2. En la ***jurisprudencia menor***, merece destacarse por la forma de abordar expresamente un cambio de rumbo en la práctica anterior, la Sentencia núm. 253/1998, de 17 de abril, de la Sala de lo C.Advo. del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (JUR 1998\98969). En ella se parte del reconocimiento de que, *"Sobre la base de atribuir a ésta un carácter discrecional, se ha admitido la libertad de la Administración para sancionar o no las infracciones y, en consecuencia, para incoar o no el procedimiento previo correspondiente, y ello por entenderse que la imposición de sanciones constituye un derecho subjetivo de la Administración y, por tanto, de libre disposición"*, para añadir más adelante que *"Hoy, sin embargo, puede cuestionarse la libertad de la Administración para incoar o no el procedimiento sancionador y para imponer o no la sanción partiendo del art. 25 de la Constitución, que establece la unidad del ius puniendi estatal y la identidad ontológica de infracciones y delitos, de penas y sanciones administrativas"*.

Más modernamente, se pueden localizar diversos pronunciamientos favorables a la existencia de un deber administrativo de incoación, generalmente en relación con la aplicación de la normativa urbanística. En línea clara de reconocimiento explícito de tal obligación, la Sentencia 373/2004, de 30 de abril, de la Sala de lo C.Advo. del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (JUR 2004\194564), que anuló el Decreto que acordó no incoar un procedimiento sancionador en materia urbanística, al existir al tiempo del dictado de la resolución combatida *"claros indicios de la comisión de una posible infracción urbanística, que obligaban a aquella incoación del expediente sancionador tras la denuncia formulada por el recurrente y a la adopción de las medidas necesarias para restaurar la legalidad urbanística"*.

En parecido sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Siguiendo la línea marcada por la Sala de Santa Cruz de Tenerife en Sentencias de 20 de febrero de 2006, 22 de junio de 2007 y 30 de diciembre de 2008, la de Las Palmas, en la

[44] No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial, en concreto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con el caso Gescartera, la Sentencia de 27 de enero de 2009, rec. 5921/2004, no identifica la existencia de un deber de sancionar en el art. 97 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. No parece que ello tenga que interpretarse como un desprecio del principio de oficialidad sancionadora por parte del Tribunal Supremo, sino más bien en el contexto de la invocación por la parte recurrente de un precepto del que no puede deducirse semejante obligación (vid., al respecto, la parte final de su fundamento jurídico sexto).

Sentencia núm. 106/2009, de 28 de marzo (JUR 2009\247830), afirma que el expediente de suspensión de unas obras ilegales *"debe tener continuidad con el expediente sancionador, cuya incoación no es discrecional sino obligada cuando, como dice el artículo 177.2 del TR, se aprecie la presunta comisión de una infracción a este Texto Refundido, cuya incoación, como se desprende de la propia normativa, y de la necesidad de garantizar la eficacia de la actuación administrativa, debe tener lugar en un plazo temporal razonable en relación a la medida de suspensión de las obras en ejecución."* En la misma dirección incide la Sentencia de la misma Sala núm. 84/2009, de 19 de enero (JUR 2009\252617), añadiendo a lo anteriormente dicho un interesante matiz en aras a constreñir la libertad de la Administración, al significar que la potestad sancionadora *"no depende de la voluntad de la Administración sino que debe ejercitarse, en el plano temporal, con el límite que supone, en materia sancionadora, la figura de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad"*[45].

En la misma línea de refuerzo de la eficacia administrativa, y también en materia urbanística, puede significarse la Sentencia núm. 96/2007, de 29 de marzo (JUR 2008\105134), del Juzgado de lo C. Advo. núm. 1 de Guadalajara. En ella, tras disertar sobre la doble reacción que cabe adoptar por la Administración ante una ilegalidad urbanística (expediente de restauración y procedimiento sancionador), el órgano judicial unipersonal precisa que *"la reacción de la Administración ante la constatación de una ilegalidad urbanística, no puede contemplarse desde la óptica de una simple opción discrecional, sino como un auténtico mandato legal"*, resaltando la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario que haya dejado de incoar el procedimiento administrativo correspondiente[46].

Pero los pronunciamientos en el sentido que venimos examinando no se han limitado al campo de la disciplina urbanística. Así, fuera de ella, se acoge al criterio de la obligatoriedad la Sentencia núm. 619/2003, de 30 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

[45] En un sentido similar, la Sentencia núm. 189/2009, de 1 de junio, del mismo Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo C.-Advo, JUR 2009\365655.

[46] Así, señala que de tal incumplimiento "por parte de los funcionarios competentes puede desprenderse, la posible exigencia de las responsabilidades oportunas, tal y como se desprende en el artículo 185.3 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha, según el cual, "incurrirán en infracción urbanística las autoridades con competencia en materia territorial y urbanística y el personal que de ellas dependan... cuando toleren, o dejen de ejercer las potestades de inspección, legalización, reparación, y sanción de las infracciones urbanísticas que se definen en la presente Ley." La referencia, aunque enmarcada en la legislación autonómica correspondiente, no deja de tener interés y ser susceptible de una lectura más amplia.

(JUR 2004\34307), que introduce el interesante apunte de situar el sedimento del deber de incoación en el principio de legalidad, que sin duda tiene incidencia universal en la actuación administrativa de contenido sancionador[47].

En esa misma dirección es interesante dejar constancia de la Sentencia núm. 680/2008, de 11 de abril, de la Sala de lo C.Advo. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2008\234498). En este caso, relacionado con la seguridad ciudadana (decomiso de armas), el Tribunal afirma expresamente el carácter universal de la obligación de incoar el procedimiento administrativo sancionador: *"La incoación de un procedimiento administrativo sancionador no es una facultad discrecional de la Administración en ningún caso. Debe incoar procedimiento sancionador cuando estime que existen hechos infractores"*.

3. Lo revelador del estudio que hemos realizado, no se limita a la apreciación de unos cuantos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa favorables a la existencia de un deber administrativo de iniciar el procedimiento sancionador, sino que se extiende a dos notas adicionales; por un lado, la uniformidad de criterio que revelan, y, por otro, la dificultad de encontrar pronunciamientos en sentido contrario. Realmente, no son muchos los supuestos de denegación de la apertura del procedimiento sancionador que llegan a la vía jurisdiccional[48], pero la unanimidad de las respuestas dadas a los mismos, incluso en relación con diferentes normativas y materias, no hacen sino asentar la conclusión que ya aventurábamos al examinar nuestra legislación en el epígrafe anterior, en el sentido de la dificultad de sostener hoy en día la tesis favorable a la discrecionalidad en el inicio del procedimiento sancionador. Quizás en el

[47] En concreto, indica que "La Administración sanitaria de la Generalitat de Cataluña se encuentra sometida al principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora por lo que el hecho de que las precedentes Actas de Inspección levantadas a la empresa no determinaran la incoación de un expediente sancionador, no permite apreciar la vulneración del principio de actos propios, ni considerar que la Administración haya actuado con arbitrariedad al modificar su criterio, porque es precisamente la inactividad de la Administración en perseguir los ilícitos administrativos contrarios a la Ley de higiene y control alimentarios la que sería contraria a Derecho".

[48] Quien tenga interés en hacerlo, comenzaría un largo camino de impugnación primero administrativa y luego jurisdiccional, en que el resultado final, de ser favorable, no consistiría en la imposición de la sanción por los tribunales de justicia, sino en la declaración del deber de incoar el procedimiento —esto es, de iniciar la investigación de los hechos—, sin garantía alguna de que ello se concretase en la imposición de la sanción, ya que la Administración se habría manifestado desde el principio contraria a ello. Además, habría de lidiarse, en caso de que el denunciante no tuviera claramente la condición de perjudicado, con el criterio restrictivo que se viene aplicando en cuanto a su legitimación, cuestión ésta sobre la que se incidirá más adelante.

momento en que se vuelva a plantear con toda claridad esta cuestión en sede jurisprudencial, podremos comprobar si se da el tiro de gracia a los residuos de la teoría favorable a la libertad —limitada, eso sí— en la incoación del procedimiento punitivo administrativo.

6. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL SOBRE LAS RESISTENCIAS SUBSISTENTES A LA VIGENCIA PLENA DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD SANCIONADORA

1. El panorama que hemos reflejado pone de manifiesto la dificultad de sostener la discrecionalidad del ejercicio de la potestad sancionadora.

Por un lado, son abundantes las parcelas del Derecho Administrativo en que nuestra legislación recoge la regla de obligatoriedad de la incoación del procedimiento administrativo sancionador. Unas veces lo hace de modo expreso, al regular la iniciación del procedimiento (caso de la Ley de Defensa de la Competencia y de numerosas leyes urbanísticas), o al establecer en términos imperativos la sanción que ha de imponerse a las infracciones que se advirtieren por la autoridad administrativa (por ejemplo, en la Ley de Patrimonio Histórico Español). Otras veces de un modo implícito, al imponer a la Administración la protección de ciertos bienes jurídicos, finalidad que no podría conseguirse en un régimen de tolerancia a las infracciones cometidas contra aquéllos (Ley de Patrimonio, normativa relacionada con el disfrute del derecho al medio ambiente). Del mismo modo, cuando impone a la Administración la protección de ciertas reglas que eviten la posición de dominio en los mercados, caso de los sectores regulados.

Por otro lado, la jurisprudencia ha ido sumándose progresivamente al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción sancionadora. Con precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es hoy el día en que la generalidad de respuestas que se dan a la cuestión en vía judicial reconocen el deber administrativo de incoar procedimiento sancionador cuando se den las circunstancias necesarias para ello.

Sin embargo, ello no implica que nos tengamos que felicitar por haber llegado a este *final*; antes bien, es necesario realizar una reflexión crítica, toda vez que la oficialidad sancionadora, ni ostenta una posición inquebrantable en nuestro Derecho, ni está perfectamente acabada en su concepción teórica.

2. Comenzando por la primera de esas dificultades, parece razonable afirmar que el carácter discrecional o reglado del ejercicio de la

potestad sancionadora no es una mera cuestión procedimental y, en consecuencia, hubiera sido deseable la adopción de una respuesta expresa y unívoca del legislador competente para fijar las bases del ejercicio de la potestad sancionadora, asegurando sin tapujos la vigencia de la legalidad administrativa. En este sentido, se ha opinado con criterio que la determinación del carácter discrecional o reglado del poder de incoación debería haberse realizado en la regulación del régimen jurídico general y básico de la potestad y el procedimiento sancionador, esto es, en el Título IX de la ley de procedimiento administrativo común[49]. Desde luego, ésta hubiera sido la forma de garantizar la seguridad jurídica, la igualdad generalizada en los derechos y obligaciones de los administrados y el cumplimiento íntegro del Ordenamiento Jurídico en los diferentes sectores de actividad regulados por el Derecho Administrativo[50].

3. Mientras subsista esa deficiencia, habrá de realizarse un esfuerzo para articular dogmáticamente la regla de obligatoriedad en la actividad sancionadora de la Administración, en una forma que sea aplicable a la diversidad de materias en que debe regir. En particular, a falta de una regulación explícita en la legislación básica de procedimiento sancionador, resulta capital determinar a qué circunstancias habrá de atenderse en orden a dilucidar si la actuación de la Administración, al incoar el procedimiento o decidir el archivo de la denuncia, ha sido correcta, o, si se prefiere, conforme a la legalidad.

Tanto la jurisprudencia como la legislación sectorial nos ofrecen la pauta para resolver esta cuestión, y se refiere a la existencia de indicios suficientes de la comisión de la infracción[51]. Ello, a su vez, permite su encaje en la concepción de las potestades regladas actualmente

[49] En este sentido, HUERGO LORA, A., ob. cit., p. 202, abundando sobre la renuncia del legislador básico a la posibilidad de establecer un procedimiento sancionador común. Sobre esta diversidad de procedimientos, puede consultarse también GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 100 a 106.

[50] Por el contrario, sabemos de la diversidad de regulaciones en materia de procedimiento administrativo sancionador. En torno a esta cuestión, puede consultarse GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 100 a 106.

[51] Véanse, al respecto, las ya citadas SSTS de 25 de mayo de 1987 ("La apertura del expediente sancionador procede siempre que en el caso se den indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa ") y de 13 de marzo de 1992 ("Basta la creencia de indicios de infracción para que sea procedente la incoación de expediente sancionador "). También las del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004 y las del TSJ de Canarias citadas en el epígrafe 5 del presente artículo. En el ámbito legislativo, entre otros ejemplos, los también citados arts. 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 126 del Reglamento de desarrollo de la LOPD (vid. epígrafe 4.1).

dominante, que discierne entre "*aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa.*" (STS de 16/3/2009, rec. 9911/2004, entre otras muchas). El poder de incoación del procedimiento sancionador quedaría integrado en este segundo grupo, de forma que el concepto jurídico indeterminado consistente en la existencia o no de indicios racionales de la infracción permitiría, a su vez, controlar si la decisión de la Administración se ha atenido, en cada caso, a la *única solución justa posible*.

A su vez, esta exigencia sería susceptible de una interpretación flexible, dando por buena la actuación de la Administración en el caso particular, siempre que hubiera acordado la práctica de diligencias previas de investigación y en las mismas hubieran quedado desvirtuados aquellos iniciales indicios. Con ello, quedaría a salvo la economía procedimental de la Administración.

Y, en cuanto a la revisión que pudieran hacer los tribunales de un posible incumplimiento de la obligación de incoación, la pauta está definida por la Sentencia de 4 de octubre de 2002, de la Sala de lo C. Advo. del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (JUR 2003\17517). Éste, a la vista de los informes practicados en sede jurisdiccional, concluyó la existencia de posibles indicios de la comisión de una infracción contra el Patrimonio Cultural de Cantabria, "*que justifica la incoación de un expediente sancionador por el órgano administrativo competente, en el bien entendido que será dicho órgano el que deberá determinar cuáles son los hechos probados, la infracción que pudieran constituir y la sanción a imponer, caso de entender que la misma concurre y sólo desde este punto de vista la demanda debe ser estimada*".

4. La vigencia generalizada del principio de oficialidad sancionadora tendría que orillar el riesgo, temido por Huergo Lora, de *arrinconar a la ilegalidad gran parte de la actuación administrativa*.[52] Por ello, debe asumirse, como deficiencia del sistema, la imposibilidad de que

[52] Es de justa causa reconocer que los autores cuyas opiniones se han reflejado en el epígrafe 2, en singular los argumentos basados en la percepción de la realidad de Alejandro Nieto, parten de un presupuesto cierto y sensatamente argüido, cual es la imposibilidad de que la Administración abarque la persecución de la totalidad de actos u omisiones que, suponiendo el incumplimiento del Derecho Administrativo sustantivo, estén tipificados como infracciones administrativas.

la Administración abarque todas las infracciones que en la práctica se cometen. Para contrarrestarlo, existe un instrumento útil ya experimentado, cual el reconocimiento de una matizada discrecionalidad a la hora de inspeccionar.

A este particular le ha otorgado singular importancia la doctrina tributarista, que, no obstante el imperativo constitucional de establecer una inspección tributaria para hacer efectivo el deber de todos al sostenimiento de los gastos públicos (STC 76/1990), parte de la imposibilidad de que la Administración extienda su actuación a todas las infracciones que se cometen en materia tributaria. Por ello, se reserva a la Hacienda Pública la capacidad de seleccionar aquellos ámbitos de la realidad que deben ser objeto preferencial de su actividad inspectora[53].

Su aplicación, en su caso, debería hacerse con las suficientes garantías de objetividad en la actuación administrativa y trato equitativo de los administrados. En consecuencia, no debe perderse de vista la trascendencia —destacada por Orena Domínguez— que en el ámbito tributario adquieren los Planes de Inspección, en que se recogen de forma objetiva, motivándolos adecuadamente, los criterios que se han tomado en consideración para seleccionar determinados tipos de contribuyentes como objeto de las actuaciones inspectoras. Es obvia la necesidad de adoptar instrumentos de efecto equivalente, si se quiere reconocer esa capacidad selectiva de la Administración en términos de generalidad.

De esta forma, la Administración no actuaría ilegalmente por el hecho de no perseguir todas las infracciones administrativas (por ejemplo, carece de medios para situar un dispositivo detector del exceso de velocidad en todas las carreteras, como tampoco puede acogotar la libertad de los operadores de los mercados regulados). Sin embargo, quedaría por resolver en qué momento o con arreglo a qué circunstancias esa capacidad electiva en la determinación del objeto a inspeccionar se convierte en deber de actuar.

Y volvemos a encontrar para ello una buena explicación en la doctrina fiscalista, que también parece susceptible de ser aplicada con rango de generalidad. Así, Argüello Avilés[54] ha distinguido una doble vertiente en la inspección tributaria: de un lado, una constante, consistente en una situación de poder —el de inspeccionar—, y, de otro,

[53] Sobre este particular, resulta muy ilustrativa la consulta de ORENA DOMÍNGUEZ, A., Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

[54] ARGÜELLO AVILÉS, A., El contribuyente frente a los planes de inspección, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 98.

una variable, que constituiría una situación de deber —el de no dejar de inspeccionar—. La constante se convertirá en variable en los casos de flagrancia o fundada sospecha de incumplimiento, en cuyo caso la Administración estará obligada a aplicar todos los medios de restitución de la legalidad a su alcance.

En suma, no parece descabellado extender estas figuras, con las adaptaciones necesarias, a la actividad sancionadora de la Administración en su conjunto, de forma que la insuficiencia de medios que la Administración pueda tener en determinados sectores no necesitaría ser interpretada, en caso de derivar en insuficiencia de su actividad sancionadora, en términos de ilegalidad.

5. Es más, *de lege ferenda*, y si es que algún día se decidiese el legislador a establecer con carácter general el principio de oficialidad sancionadora administrativa, tampoco parece irrazonable admitir un limitado punto de discrecionalidad en la actuación sancionadora de la Administración, referido a sanciones leves o de escasa repercusión en el interés público o en los derechos de terceros, que le permitieran adaptarse en casos excepcionales a las exigencias de la realidad (por ejemplo, si la aplicación de determinado tipo sancionador produjera efectos perversos o si se estuvieran dando casos de anulación judicial de determinadas sanciones, y se planteara la reforma de la normativa para adaptarla a la legislación). Ahora bien, a diferencia de Cobreros Mendazona[55], no creemos que semejante margen de libertad deba reconocerse en la actual situación de nuestra legislación sancionadora, pues ello iría en detrimento de la seguridad jurídica, sino que debería quedar a expensas de su admisión en casos concretos por el legislador, y, en particular, supeditado a condiciones tales como la predeterminación de los tipos infractores en que fuera admitida, la fijación expresa de sus límites (elementos reglados de la facultad discrecional), el reforzamiento del deber de motivar cuando la Administración se apartara de prácticas precedentes o el establecimiento de un deber de información generalizada de la práctica administrativa seguida como regla general. Es decir, debería quedar determinada en forma que se evitara toda sombra de arbitrariedad.

6. Para finalizar, hay que advertir que el reconocimiento de una obligación generalizada de actuación sancionadora por parte de la Administración ante el conocimiento de un hecho infractor, es un instrumento de primera magnitud para la defensa del ciudadano frente a la inactividad administrativa y, en la misma medida, de control de

[55] Vid. nota 17.

su actuación (entendido este último término en el mismo sentido amplio que utiliza el art. 1.1 de la LRJCA).

Sin embargo, el administrado tiene una capacidad limitada de reacción frente a la actividad administrativa sancionadora, a resultas de la forma en que se viene interpretando la distinta posición ante la misma del denunciante cualificado y el denunciante común. Al respecto, es de todos conocida la inveterada doctrina del Tribunal Supremo que reconoce al primero, en cuanto que titular de un interés legítimo relacionado con una concreta actividad sancionadora de la Administración (situación en que "*la respuesta sancionadora que se pretende pueda producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o pueda eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica*" —por todas, STS de 24/1/2007, rec. 1408/2004—), el derecho a impugnar los actos realizados en su ejercicio; en cambio, al denunciante común o no cualificado, esto es, carente de un interés legítimo en la imposición de la sanción, se le viene negando por lo general aquella posibilidad[56]. De esta forma, carece de poder reactivo frente a un eventual archivo de su denuncia, por más que esta decisión administrativa pudiera estar injustificada o contradecir la existencia de indicios racionales de la infracción.

El paso previo para la superación de esta limitación reside, a mi juicio, en pormenorizar el régimen jurídico aplicable al denunciante cualificado, de forma que, indirectamente y por diferenciación, se dotara de individualidad a la posición del denunciante común. En nuestra nación, el camino ha sido trazado por la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas

[56] Como muestra de la doctrina del Tribunal Supremo, baste remitirnos a la doctrina sentada en materia de defensa de la competencia, en las sentencias de 11 de abril de 2006 (rec. 3543/2003) y de 24 de enero y de 26 de junio de 2007 (recs. 1408/2004 y 9763/2004, respectivamente). En concreto, matiza esta última, en su fundamento de derecho cuarto, que "por lo general el interés requerido para denunciar o incluso, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo, tiene una mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa generada por la denuncia. En este sentido, el ordenamiento jurídico admite con frecuencia la posibilidad de formalizar denuncias que pongan en marcha la actuación indagadora y, en su caso sancionadora, de los órganos públicos competentes, requiriendo para ello poco más que un interés sumamente amplio en que se investiguen y corrijan posibles actuaciones irregulares o prescindiendo incluso de tal interés". Sin embargo, "este carácter público de la denuncia en materia de defensa de la competencia no puede predicarse de la acción para interponer un proceso contencioso-administrativo —ni siquiera, en puridad, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo-, pues no existe una acción pública jurisdiccional en la materia. En consecuencia, obtenida una resolución del órgano administrativo competente, que sea fundada y verse sobre el fondo de los hechos denunciados, la impugnación contencioso-administrativa deberá acreditar la afectación de derechos e intereses legítimos de acuerdo con los criterios expuestos más arriba".

de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al reconocer específicamente la condición de interesados en el procedimiento administrativo sancionador —además de al inculpado— a *quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos* (art. 30). Este reconocimiento genérico se asocia a dos concretas consecuencias del máximo interés: primero, la posibilidad de dar inicio mediante su iniciativa al procedimiento sancionador, al admitirse, junto a la iniciación de oficio, la producida a instancia de parte, entendiendo por tal en todo caso el denunciante portador de un derecho o interés legítimo[57]; segundo, si el denunciante cualificado presenta su denuncia conforme a los rigores formales exigidos en la legislación sancionadora vasca, tendrá derecho a participar en el procedimiento sancionador, adoptando una posición de efectiva acusación[58].

De esta forma, y como en su momento sostuvo con brillantez en esta misma sede editorial Domínguez Luis[59], urge reconocer el derecho del denunciante titular de un interés legítimo a participar activamente en el procedimiento sancionador. El propio Consejo de Estado ha apuntado también en esta dirección en su dictamen 1592/2006[60], recomendando que, "*cuando el denunciante tenga la condición de interesado, tenga derecho a mantener su acción, es decir, su denuncia le legitime para ser parte en el procedimiento y sostener su pretensión, sea en vía de recurso administrativo o jurisdiccional*".

[57] En garantía de los denunciados, la ley sancionadora vasca ha incorporado un trámite de admisión que sirve de cautela contra denuncias infundadas, que puede venir dado, además de por la falta de los requisitos formales exigidos para denunciar, por la notoria carencia de fundamento de la denuncia o por la falta de condición de interesado del denunciante (art. 35.4).

[58] La denuncia-acusación, que se asemeja a la querella del proceso penal, deberá especificar, a tenor del art. 70.1 de la Ley 2/1998, los hechos constitutivos de la infracción, la fecha o fechas o periodo continuado en que se produjeron, los preceptos en que se encuentren tipificados, las personas presuntamente responsables, la sanción o sanciones que correspondan y los preceptos en que se encuentren recogidas. RUIGÓMEZ MOMEÑE, A., ob. cit., p. 334, califica al que la formule como acusador administrativo, en tanto que presenta una solicitud con fuerza legal para excitar el ejercicio de una potestad administrativa, siempre que ostente para ello un derecho subjetivo o interés legítimo, que deberá ser acreditado con este alcance.

[59] DOMÍNGUEZ LUIS, C. Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador, nº 21, mayo de 2005, pp. 125 a 184. Puede consultarse en la dirección: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142296737844&esArtículo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU.

[60] Emitido en torno al Proyecto de Decreto de aplicación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en la Comunidad de Madrid.

7. Quedaría así para el final abordar la posición jurídica del denunciante común o carente de interés legítimo. En este punto, el paso que sugerimos abordar va mucho más allá de lo dispuesto en la Ley 2/1998, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que simplemente le ha reconocido el derecho a derecho a recibir comunicación *sobre la apertura o no* del procedimiento sancionador, aun cuando no haya solicitado expresamente su incoación, y a ser notificado de la resolución, que, en su caso, se adopte en el procedimiento (art. 34.4).

Ninguno de estos derechos reconocidos en la legislación autonómica vasca resulta de utilidad si al denunciante no cualificado se le niega por completo la posibilidad de impugnar las resoluciones administrativas que le son notificadas. Por ello, el siguiente paso, que exige no poco esfuerzo dialéctico, consiste en la depuración de una parcela, siquiera reducida, de interés del denunciante en el procedimiento sancionador.

A mi juicio, desde el punto y hora en que la legislación le permite la posibilidad de denunciar, está reconociendo en el mismo una parcela de actuación legítima y tutelable. El que el denunciante común carezca de interés legítimo en la imposición de la sanción, no quiere decir que no se le pueda reconocer un interés en que la Administración investigue los hechos infractores con vistas, en su caso, a su punición. Esta posición puede confundirse o no con el interés por la legalidad, pero, en la medida en que es reconocida por el Ordenamiento Jurídico, debe tener proyección en sede jurisdiccional.

De ahí que desde estas líneas vengamos a apuntar la consideración en los mismos de un interés legítimo restringido, que les garantice simplemente el derecho a suscitar el control administrativo o judicial sobre la decisión que la Administración tome en torno a su denuncia[61]. Cosa que no tiene por qué asimilarse necesariamente a la atribución de una acción pública en materia sancionadora, desde el punto y hora en que no supondría la atribución del derecho a participar activamente en el procedimiento administrativo sancionador o a cuestionar en vía judicial la legalidad de la sanción impuesta, quedando limitada por el contrario su posible intervención a la sola cuestión de si la decisión administrativa de no incoar el procedimiento, ha sido o no ajustada a Derecho.

[61] En esta línea, la Sentencia de la Sala de lo C.-Advo. del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha matizado que el denunciante común ostenta un simple derecho al trámite, esto es, a obtener una respuesta jurídicamente motivada sobre su petición (RJCA 2000\10).

El Tribunal Supremo ha hecho en alguna ocasión un guiño a esta posibilidad. Así, en la Sentencia de 26 de junio de 2007, rec. 9763/2004 (F. 4ª, *in fine*), ha dejado dicho, en torno a la legitimación del denunciante en un procedimiento administrativo sancionador, que *"tampoco es igual impugnar un acuerdo de sobreseimiento,* ***en cuyo caso el interés sigue siendo más amplio****, que cuando se ha alcanzado una resolución que examina el fondo de las conductas denunciadas, en cuyo caso la acreditación de la legitimación cobra toda su exigibilidad jurídica y habrá de demostrarse una auténtica legitimación* ad causam*"*.

Interesante puerta la que queda entreabierta. Veremos si se abre del todo.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO Y CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

POR
CARLOS YÁÑEZ DÍAZ
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. EL PUNTO DE PARTIDA. UNA LEGISLACIÓN CONFUSA Y UN LEGISLADOR ABÚLICO. 2. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA REGULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 1975. 3. LAS LEYES NACEN PARA SER APLICADAS. LAS DUDAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DE DICHOS PRECEPTOS. 4. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA MATERIA. EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DIVERSOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS. 5. CONCLUSIONES.

1. EL PUNTO DE PARTIDA. UNA LEGISLACIÓN CONFUSA Y UN LEGISLADOR ABÚLICO

La responsabilidad por los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato administrativo es una de las cuestiones más discutidas, tanto en lo que se refiere al responsable de los daños, como al procedimiento para determinar esa responsabilidad. Esta discusión se debe a la acumulación de diversos factores.

En primer lugar una legislación en la que se combinan preceptos formalmente no derogados como los artículos 121 y 123 LEF, preceptos confusos como el artículo 98 de la ya derogada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, retoques legislativos que aumentan la confusión como el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y normas como la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que optan por mantener la situación/confusión.

A ello hay que unir una jurisprudencia que ha interpretado los preceptos legales, a menudo alejada de la literalidad de estos y en todo caso con numerosos cambios de doctrina en la que, si bien se observa una preocupación por garantizar el resarcimiento de los daños causados, no es menos cierto que la existencia de una diversos criterios en los Tribunales Superiores de Justicia y una jurisprudencia

poco clara del Tribunal Supremo conducen a una indeseable falta de seguridad jurídica.

Por último la ausencia de una línea uniforme y, por el contrario, las numerosas contradicciones en la doctrina del Consejo de Estado y de los distintos Consejos Consultivos hacen que se carezca de un criterio claro de actuación en las Administraciones Públicas.

2. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA REGULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 1965

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 se encuadra dentro de la importante reforma del derecho administrativo español que se produjo en los años 50 y primeros 60. Dicha ley acomete la regulación de la responsabilidad por daños ocasionados por la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en el artículo 121 indicando en el párrafo 2º "En *los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste*". A su vez el artículo 123 establece el procedimiento para exigir esa responsabilidad estableciendo que "*Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso*".

De otro lado el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre establecía "*Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios de proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista,*

sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

El mecanismo era coherente en cuanto establecía como regla general la responsabilidad del contratista si bien con dos causas de exención como eran las órdenes concretas de la Administración o defectos en el proyecto, las cuales rompían, como es obvio, el nexo causal entre la actuación del contratista y el daño sufrido por los terceros. A su vez establecía un mecanismo por el cual el afectado podía dirigirse ante la Administración para que ésta determinase si la responsabilidad era suya o del contratista y contra dicha resolución podían acudir a la jurisdicción contenciosa tanto el contratista como el afectado.

La Constitución de 1978 constitucionalizó en su artículo 106.2 la responsabilidad de la Administración consagrando un sistema de responsabilidad objetiva con la única excepción de la existencia de fuerza mayor.

La primera modificación del sistema se produjo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que reguló la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el Título X (artículos 139-146) estableciendo el artículo 142 especialidades para los procedimientos de responsabilidad patrimonial y remitiendo su desarrollo a una norma reglamentaria. Se promulgó así el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Dicho Reglamento deroga los artículos 133 a 138 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 que desarrollaban los artículos 121-123 LEF por lo que puede entenderse que dicho sistema de responsabilidad quedaba derogado.

Las posibles dudas sobre la derogación se disiparon con la publicación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas que en su artículo 98 estableció:

"*1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros

como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto."

Si bien el precepto establecía unos principios sustancialmente iguales a los de la normativa anterior introdujo dos novedades especialmente perturbadoras como son el carácter potestativo de la facultad de los particulares de dirigirse a la Administración para que ésta determinase el responsable y la referencia a que su ejercicio interrumpiría el plazo de prescripción de la acción civil. Sin duda esta referencia a la acción civil se debía, no solo al ejercicio de dicha acción contra el contratista, sino igualmente a los supuestos de concurrencia de culpas que, según los tribunales civiles, correspondía conocer a dicha jurisdicción. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 (Sala 1ª) señala que los particulares no podían ser enjuiciados por la jurisdicción contenciosa y la vis atractiva de la jurisdicción civil determinaba el que fuera también competente para el enjuiciamiento de personas jurídico-públicas evitándose así el llamado peregrinaje de jurisdicciones.

La unificación jurisdiccional del conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisdicción contenciosa por medio de diversas reformas legales tales como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículos 142.6 y 144), la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de abril y la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre llevaron a la imposibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración ante los tribunales civiles por más que concurra con particulares a la producción del daño o estos estén asegurados por compañías aseguradoras. Asimismo y con el fin de evitar dudas sobre su posible aplicación, la Ley 4/1999 de 13 de enero derogó la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos[1].

[1] Dicha Ley fue promulgada en el marco de la política de Antonio Maura de "descuaje del caciquismo" pero no dio grandes frutos como ya preveía su promotor. Vid. GONZÁLEZ,

Fue este deseo claro del legislador el que le llevo a que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos se suprimiese la referencia a la acción "civil". Ahora bien, el juego de la responsabilidad objetiva de la Administración y subjetiva del empresario privado ha originado múltiples problemas interpretativos.

El artículo 198 LCSP es taxativo al establecer en sus apartados 1 y 2 el que

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación."

De esta manera se establece la responsabilidad del contratista por sus propios actos de ejecución del contrato salvo que los mismos vinieran condicionados por la Administración ya sea como consecuencia de órdenes expresas o de defectos del proyecto elaborado por ella misma (vid. Arts. 107 y 288 LCSP).

Por lo que respecta específicamente a la atribución exclusiva de responsabilidad al contratista, regla general según los preceptos citados, las dudas han surgido como consecuencia de lo establecido en el artículo 106 CE que constitucionaliza la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios y, sobre todo, por la existencia de una supuesta culpa in vigilando de la Administración sobre el contratista causante del daño al tercero[2].

Así la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias de 7-4-2003, 16-1-2004 y 14-12-2006 ha establecido la responsabilidad de la Administración apoyándose en esa culpa in vigilando por incumplimiento de sus deberes de vigilancia y policía sobre la ejecución del contrato atribuidos por la normativa de contratación publica y los pliegos de cláusulas administrativas.

María Jesus, "El universo conservador de Antonio Maura", Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, p. 106.

[2] GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, "Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa in vigilando como título de imputación", Revista de Administración Pública, nº 177, septiembre- diciembre 2008, pp. 265-291.

Por el contrario, la Sala de lo Contencioso no acepta en general esa forma de imputación de responsabilidad a la Administración, así SSTS 5-6-2001 y 24-5-2007 si bien algunas sentencias sí acogen esta culpa como la STS 3-11-2008 y la STSJ Madrid 19-2-2008.

En un sector específico como es el de las autopistas de peaje, SÁNCHEZ ALBARRÁN[3] ha destacado cómo en el caso de invasiones por animales de autopistas en régimen de concesión causando accidentes los tribunales civiles, por la vía de la inversión de la carga de la prueba, han llegado en la práctica a una responsabilidad cuasi-objetiva llegando a entender que el riesgo ha de ser asumido por el explotador con independencia de que actuase con la diligencia debida, así SAP Segovia 15-7-2005. En cualquier caso, por el contrario, otras sentencias como la STS (3ª) 5-6-2001 consideran que la competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa desestimando el recurso de la concesionaria contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que establecía la responsabilidad de la misma.

3. LAS LEYES NACEN PARA SER APLICADAS. LAS DUDAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DE DICHOS PRECEPTOS

Señala BOCANEGRA SIERRA[4] que hasta la aparición de la Ley de Expropiación Forzosa, las lesiones patrimoniales producidas a terceros por contratistas y concesionarios suponían un caso de responsabilidad civil, al que se aplicaba el Código Civil del que conocían los Tribunales Civiles, aún cuando la Administración fuere responsable de los daños y perjuicios causados, con cita del artículo 4 de la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888, el artículo 121 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, el artículo 256 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1878, el artículo 19 del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas, aprobado por Decreto de 13 de marzo de 1903 y el

[3] SÁNCHEZ ALBARRÁN, Oscar A., "Autopistas de Peaje y animales: la imposible prueba del agotamiento de la diligencia", Diario La Ley, nº 7279, 9 de noviembre de 2009.

[4] BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "La responsabilidad civil de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", Documentación Administrativa, nº 237-238 (enero-junio 1994), pp. 204-238. Del mismo autor, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros" Revista Española de Derecho Administrativo, nº 18, 1978, pp. 397-406, "Concesionarios y contratistas", Cuadernos de derecho judicial, Nº. 14, 1996 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas / Luis Martín Rebollo (dir.)), pp. 113-122.

artículo 22 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera aprobado por Decreto de 9 de diciembre de 1949.

Tanto la LEF (art. 121.2) como la LCSP (art. 198) hacen responsable, como regla general, al concesionario o contratista de los daños causados a terceros, con la excepción de los que tengan su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario de ineludible cumplimiento para éste o sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

En esta misma línea, el artículo 256 c) LCSP incluye entre las obligaciones generales del contratista de gestión de servicios públicos *"indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración"*; y el artículo 229 e) LCSP enumera, entre las obligaciones generales del concesionario de obras públicas, *"indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 198"*.

En suma, se parte de la regla de que, en principio, no existe relación de causalidad entre el hacer o no hacer de la Administración y el daño producido (STS 31-10-1984, Ar. 5159), de modo que la Administración sólo deberá indemnizar los daños causados cuando exista dicha relación de causalidad por derivar el daño directamente de una cláusula, orden o proyecto impuesto por la Administración. Ahora bien, esta regla, que actúa como punto de partida en la materia, ha sufrido una amplia transformación en la práctica administrativa y en la jurisprudencia como consecuencia de la enorme expansión que en los últimos tiempos ha experimentado la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La primitiva regulación legal del art. 121 LEF (formalmente vigente) y del art. 134 RCE era clara. Se atribuía a la Administración el determinar si la responsabilidad le correspondía o era imputable al contratista. Tanto el particular como el contratista podían impugnar esa decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Señala BOCANEGRA SIERRA[5] que la jurisdicción contenciosa comenzó a conocer de esta responsabilidad a partir de una sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 18 de marzo de 1976. En la misma se consideraba que no se podía hacer de peor condición a la víctima del daño por el mero hecho de que hubiera sido el autor de los mismos el contratista (en cuyo caso se exigiría la culpa de éste) frente a si lo es la

[5] Ob. cit.

Administración en cuyo caso se aplica una responsabilidad objetiva. Esa afirmación se ratifico por el Tribunal Supremo al conocer del recurso de apelación contra la misma en la sentencia de 28 de mayo de 1980 si bien señaló que esa paridad de trato no impide que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio de quien ha de soportarla.

De esta forma la regulación legal dio lugar a dos líneas jurisprudenciales[6].

La primera entendía que el particular podía reclamar a la Administración directamente y esta debería abonar la indemnización que en su caso correspondiese, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el contratista si el daño no fue debido a órdenes de la Administración o a vicios del proyecto. Así SSTS 19-5-1987, 9-5-1989 y DDCE 18-6-1970 y 12-6-1973. Señala BOCANEGRA SIERRA que la sentencia de 9 de mayo de 1989 de la que fue ponente Francisco González Navarro respondía al criterio que este Magistrado había defendido anteriormente como administrativista al entender que, al ser la Administración la titular del servicio, es ésta quien ha de responder de los daños sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar una acción de regreso contra el contratista salvo los dos supuestos indicados. Para ello la sentencia considera que: 1º La legislación parte del principio de garantizar la integridad patrimonial de los particulares, 2º El concesionario de un servicio público es un delegado de la Administración, 3º En consecuencia, lo hecho por el delegado se imputa al delegante sin perjuicio de la acción de regreso que reconocería la expresión *"...a cargo del concesionario"* que utiliza el artículo 121.2 LEF.

Una segunda tesis estableció que la Administración debería declarar la responsabilidad del contratista salvo que existieran órdenes de aquella o vicios del proyecto, determinando, en los demás supuestos, la responsabilidad que debía satisfacer el contratista. Así SSTS 27-12-1989 y 23-2-1995. Esta línea jurisprudencial es la que se ha considerado correcta por el Tribunal Supremo desde la STS 30-4-2001, así SSTS 22-6-2001, 20-12-2002 y 30-10-2003.

La LCAP alteró sustancialmente este sistema al establecer el apartado 3 del artículo 97 el dirigirse a la Administración como algo facultativo e introducir una perturbadora referencia a la jurisdicción civil. Ante esta

[6] MAS CASANOVAS, Francesca, "La responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene la figura del contratista o del concesionario de un servicio público", Revista Española de la Función Consultiva, nº 2, julio-diciembre 2004, pp. 138-164. Véase igualmente la interesante comunicación de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña en las X Jornadas sobre la Función Consultiva y que figuran en la Web de dicho organismo (http://cja.gencat.cat).

nueva regulación los Tribunales Superiores de Justicia optaron por tres vías interpretativas.

La primera, esencialmente continuista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la Administración debe resolver si procede la reclamación de responsabilidad, a quien le incumbe y la cuantía de la misma. Se apoya entre otros argumentos en la naturaleza arbitral de la Administración a estos efectos, en la economía procesal y en la unidad de jurisdicción implantada en la materia de responsabilidad patrimonial. Así STSJ Extremadura 27-4-2004 y STSJ Comunidad Valenciana 27-5-2004.

Una segunda postura optó por entender que el artículo 97 no permitía declarar la responsabilidad del contratista que correspondería a la jurisdicción civil. Si por el contrario la Administración era la responsable habría que estar a lo dispuesto en la LPAC y en el RD 429/1993, de marzo, con el consiguiente control jurisdiccional contencioso-administrativo. Considera que si el requerimiento a la Administración interrumpe la prescripción de la acción civil ya no podrá declararse la responsabilidad del contratista por la jurisdicción contenciosa a lo que une el carácter potestativo que establece con claridad el párrafo 3º del precepto. Así SSTSJ Murcia 27-2-2004 y 28-10-2004 y STSJ Aragón 20-12-2004. Se trata en todo caso de una postura minoritaria.

La tercera vía jurisprudencial parte de la titularidad administrativa de la obra o del servicio público objeto del contrato así como de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 106 CE y de la existencia en ultimo caso de una culpa in vigilando de la Administración. Todo ello conduce a la solidaridad de la Administración y del contratista. Así STSJ Comunidad Valenciana 18-12-2003, STSJ Cataluña 17-11-2004 y STSJ Canarias 21-5-2004. En cualquier caso esta tesis conduce a resultados prácticamente equivalentes a los de la primera.

El Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 30 de marzo de 2009 mantiene su opción —mutatis mutandis— por la primera de estas líneas interpretativas, así el F.J. 2º establece:

"Interpretando aquellos preceptos, así como el artículo 121, apartado 2, de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17 de diciembre), la jurisprudencia [sentencias de 20 de junio de 2006 (casación 1344/02, FJ 4º); 22 de mayo de 2007 (casación 6510/03, FJ 3º); y 16 de marzo de 2009 (casación 10236/04, FJ 5º)] ha proclamado la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a

la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de «órdenes» se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica [véanse las sentencias de 9 de mayo de 1995 (casación 527/93, FJ 5°); 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 5°); y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96,FJ4°)].

Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento. Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las inpugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 [véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3°].

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley)."

En la STS 22-09-2009 se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado planteando que la Sentencia de instancia vulneraba el art. 139 LRJ-PAC ya que condenada al Estado, en tanto que la actuación dañosa sería, bien de la empresa constructora de la autovía, bien de la encargada del mantenimiento. La Sala destaca que ese argumento no se había planteado en la instancia y que la responsabilidad es de la Administración en cuanto encargada de la conservación de un bien de dominio público sin perjuicio de que la Administración pueda examinar si procede el ejercicio del derecho de repetición.

La sentencia de 5 de mayo de 2008 de la Sala de lo Contencioso (Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo aborda dos cuestiones como son la posibilidad de declarar la responsabilidad del contratista y los supuestos en los que la Administración no llega a tramitar expediente alguno ante la reclamación de responsabilidad y opta por el fácil recurso del silencio administrativo. A estos problemas la sentencia responde de la siguiente forma:

*"En fin, aparte de lo ya dicho, **la improcedencia de que ante una reclamación por responsabilidad patrimonial la Administración dicte una resolución susceptible de ejecución por la que se declare la responsabilidad del contratista o reconozca el derecho del perjudicado a ser indemnizado por aquél, se nos muestra evidente si tenemos en cuenta: 1) que ni siquiera cuando la Administración está facultada para pronunciarse sobre dicha responsabilidad del contratista cuando el perjudicado le pregunta sobre la cuestión, la resolución que se dicte evita que el perjudicado deba, en todo caso, formular su reclamación "conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto"; 2) que en el ámbito de***

la normativa sobre responsabilidad patrimonial que venimos analizando no existe ningún precepto que autorice a la Administración a reconocer un derecho indemnizatorio a favor de un particular y a cargo de otra persona física o jurídica privada, pues no debemos olvidar que el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al tratar sobre el ámbito de aplicación de sus disposiciones deja bien claro que los procedimientos previstos en los capítulos II y III del Reglamento se seguirán, respecto de los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, y cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, para "determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas", no la posible responsabilidad del contratista; y 3) que es contrario a la lógica jurídica que una Administración que no se considera responsable por entender que la responsabilidad corresponde al contratista o concesionario, pueda, sin embargo, valorar y decidir sobre la concurrencia o no del resto de los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial —que sería de otro— tales como el nexo causal, la antijuridicidad o la existencia misma y cuantía del daño; [...] *h) Teniendo presente la singularidad de los supuestos de responsabilidad patrimonial que ahora examinamos, en los que, al margen de la formal titularidad pública de la obra o servicio del que potencialmente derive el daño, no sólo no existe una previa relación singularizada del perjudicado con la Administración —ausencia de relación típica de toda responsabilidad extracontractual— sino que, además, ha intervenido o podido intervenir un tercero concesionario o contratista ajeno por completo al perjudicado, cuya misma existencia incluso éste puede desconocer, tercero que por aplicación de los criterios legales de imputación de responsabilidad arriba descritos podría llegar a ser el responsable único del daño, cabe señalar que a los efectos de que* ***la inactividad de la Administración determinante de una desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial por silencio negativo no pueda, en estos casos, lesionar definitivamente la posición material y procesal del perjudicado, lo decisivo es si, al menos, durante la sustanciación del procedimiento administrativo el perjudicado ha tenido o no la efectiva posibilidad de conocer la existencia misma del tercero contratista o concesionario eventualmente responsable. No podemos olvidar que, como ya dijimos y a diferencia del resto de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en sede de reclamación administrativa propiamente dicha el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, establece que "En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el***

procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios". Dicha preceptiva y específica audiencia del contratista en un procedimiento administrativo contra el que, no lo olvidemos, no se dirige pretensión alguna, no sólo va a advertir al perjudicado de su presencia en la obra o contrato del que se ha podido derivar el daño, sino que además permite conocer la postura de aquél —asunción voluntaria de responsabilidad, oposición a cualquier posible imputación o derivación de responsabilidad, o silencio— ante la reclamación dirigida contra la Administración por causa o con ocasión de la obra, contrato o concesión , oportunidad que se estima bastante para no poder calificar como abusivo y contrario a las reglas de la buena fe procesal ex artículos 11.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el posterior alegato de la Administración en sede jurisdiccional de falta de legitimación pasiva en base a que el daño ha sido responsabilidad del contratista o concesionario. Dicha calificación merecería por tanto todo alegato de inexistencia de responsabilidad por falta de legitimación pasiva vertido por la Administración al contestar a la demanda judicial dirigida en exclusiva contra ella en todos aquellos supuestos en que, bien por no haberse cumplido en el curso del expediente el trámite de audiencia al contratista o bien por no hacerse mención alguna a su potencial intervención en la resolución expresa o presunta que lo ponga fin, el perjudicado no ha tenido la efectiva posibilidad de conocer la existencia misma del contratista antes de la formulación de su demanda, indefensión que acarrearía el rechazo del alegato exculpatorio de la Administración."

En cambio la STSJ Madrid 16-4-2009, en un recurso de apelación contra la sentencia de un Juzgado de lo Contencioso, recoge la línea jurisprudencial que señala que la Administración debe determinar la responsabilidad del contratista con cita de la STS 30-12-2003, a continuación cita la STSJ Madrid 5-4 -2005 según la cual en los casos de silencio por la Administración:

"En el caso, la Corporación demandada, lejos de proceder de ese modo, se limitó a rechazar la reclamación pero sin pronunciarse concretamente como los preceptos citados exigen, con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa procedente, y a ella debe por tanto serle impuesta, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, de modo idéntico al contemplado por el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la

Administración del Estado; puesto que los preceptos antes citados han pretendido sin duda en estos casos permitir al particular una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio a quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla". En este sentido, la STS de 7 de abril de 2001 dictada en el recurso nº 3509/1992 decía que "No cabe duda que, al no tratarse de daños causados por cláusulas del contrato impuestas por la Administración al concesionario ni de una orden directa de ésta, debe responder de aquéllos el propio contratista, como se deduce de lo establecido concordadamente por los artículos 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, precepto este recogido después en el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Ahora bien, la reclamación del perjudicado ha de dirigirse, según lo dispuesto por estos dos últimos preceptos y por el artículo, a la Administración contratante, que debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién deba pagarla"

Sin embargo, a continuación, la Sala señala que esos preceptos están derogados, reproduce el artículo 198 LCSP y con una cita de la STS 20-6-2006 señala que la responsabilidad de la Administración sólo se impone cuando los daños derivan de manera inmediata y directa de una orden de ella o de los vicios del proyecto. Ahora bien, a continuación en el siguiente fundamento jurídico, hace abstracción de todo lo anterior, menciona la obligación de las Entidades Locales de mantener las vías públicas en condiciones de seguridad y rechaza la tesis del Juzgado de instancia en cuanto a la existencia de concurrencia de culpa de la víctima. Con ello la lectura de la sentencia no permite conocer cual es el proceso intelectual por el que la Sala rechaza la atribución de la culpa al contratista, como pretendía el recurso de apelación de la entidad aseguradora de la entidad local al que se opuso la empresa contratista.

4. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA MATERIA. EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS DIVERSOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

En cuanto a los Consejos Consultivos en general han optado por establecer el que la Administración ha de resolver sobre la existencia de responsabilidad y en caso afirmativo abonar la indemnización que

proceda sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el contratista si bien no faltan dictámenes dubitativos e incluso contradictorios entre sí.

Esta es la línea que sigue el Consejo de Estado en sus Dictámenes nº 3433/2001, de 21 de febrero de 2002 y nº 3235/2002, de 16 de enero de 2003, nº 2094/2005 de 23 de febrero de 2006, n º 996/2007 de 30 de mayo de 2007 que afirma que se trata de doctrina legal de dicho órgano consultivo y nº 2037/2008 de 23 de diciembre de 2008, entre otros.

Así el escueto Dictamen 996/2007 se limita a señalar:

"El artículo 97 del TRLCAP señala que es obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Igualmente señala que, cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o de un vicio de proyecto, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. Y se indica en el número tercero del mismo artículo que "los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños". Mas, como ha señalado reiteradas veces el Consejo de Estado, por ejemplo en los Dictámenes 3433/2001 y 2312/2003, lo referido en el artículo 97 de la LCAP no obsta para que el mecanismo de pago, en los casos en que la responsabilidad sea del contratista, por no haber sido el daño consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración ni de un vicio de proyecto, eluda la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración contratante, de tal suerte que lo que procede es que primero pague la Administración, y luego ésta repita frente al contratista, en los términos de la doctrina legal de este Consejo de Estado."

No obstante en algún Dictamen como el nº 3425/2001, de 20 de diciembre de 2001 opta por atribuir la responsabilidad al contratista. En dicho Dictamen se estudiaba un accidente sufrido por una funcionaria en el estacionamiento del Complejo de la Moncloa al tropezar y caer debido a unos flejes esparcidos por el suelo. Para el Consejo de Estado los daños sufridos se deben a un evidente ' defectuoso funcionamiento del servicio de limpieza en el aparcamiento del Complejo de la Moncloa'. Puesto que los pliegos del contrato de servicio de limpieza establecían la obligación del contratista de mantener limpios los aparcamientos concluye que hubo un incumplimiento del contratista. La conclusión a la que llega es, no obstante, que:

"Aun cuando existen precedentes en los que habiendo daños derivados de la prestación de un servicio público a través de contratista interpuesto en la ejecución del contrato (sin que medie orden expresa de la Administración) se ha imputado en primer término la responsabilidad consiguiente a la Administración, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el contratista, existe una más amplia y reciente jurisprudencia de otro signo, en virtud de la cual la Administración no siempre responde directamente por los daños producidos a los particulares sino sólo cuando en la actuación del contratista haya mediado orden expresa de la Administración o los daños sean debidos a vicios del proyecto elaborado por ella misma. Así, cabe citar entre otras las SSTS de 25 de enero de 1992 o de 20 de abril de 1999, estableciendo esta última (FJ sexto) que, "llegándose a la consideración de que la lesión cuya indemnización se pretende tuvo su origen directo en un incumplimiento por parte del contratista de las condiciones que hubieran evitado el surgimiento de los daños en la forma acreditada en las actuaciones, [...] concurren los requisitos exigidos en la Ley de Contratos del Estado [...] de corresponder al empresario la obligación de indemnizar los daños que se causan a terceros".

Ya en la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), el artículo 121.2 estableció para los servicios públicos concedidos que la indemnización correrá a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste, añadiendo el artículo 123 que, cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla.

En relación con este supuesto y para los contratos administrativos, el artículo 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dispone que:

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato." [...] "3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños".

Así pues, la actual legislación de contratos administrativos determina la responsabilidad extracontractual directa del contratista por los daños que cause en la ejecución del contrato y admite la posibilidad de un requerimiento previo por parte del perjudicado a la Administración

para que se pronuncie sobre la parte contratante a la que corresponda la responsabilidad, en un pronunciamiento de alcance distinto y más limitado, pues, que el previsto en la LEF para los supuestos de servicios públicos concedidos.

Asimismo ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 211.2 del TRLCAP para los contratos de servicios, según el cual "el contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato" (equivalente al artículo 212.2 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en el momento de producirse los hechos).

Pues bien, a partir de los antecedentes y preceptos expuestos, hay que concluir respecto de la reclamación interpuesta por la..... con un doble pronunciamiento por parte de la Administración.

En primer lugar, partiendo de la constatación de que los daños y perjuicios alegados por la reclamante no son imputables a la Administración (se debieron a una actuación del contratista en incumplimiento de sus obligaciones, no derivada de orden expresa de aquélla), procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado formulada por la.....

En segundo término, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.3 TRLCAP e interpretando a favor de la interesada que su reclamación sirve de requerimiento previo al órgano de contratación, procede declarar que la eventual responsabilidad por los daños alegados corresponde a la empresa....., contratista del servicio de limpieza del lugar donde acontecieron los hechos".

Igualmente el Dictamen nº 2046/2008 de 29 de enero de 2009 en el que el contratista es una sociedad medio propio de la Administración General del Estado. En este Dictamen el Consejo establece el que en estos casos no se produce ninguna particularidad con relación al funcionamiento del resto de las sociedades anónimas, estando sometidas en sus relaciones frente a terceros a la legislación de derecho privado siendo de aplicación las reglas generales.

"La opción organizativa adoptada por el Estado respecto a..... (constitución de una sociedad mercantil estatal para actuar en el ámbito jurídico privado) conlleva el obligado respeto a la legislación aplicable a la tal fórmula instrumental, resultando que la presencia del capital público no condiciona o privilegia el actuar de la empresa, la cual debe funcionar (más allá de su adscripción al sector público y el régimen de

control de sus actuaciones por la Administración) como una sociedad anónima puesto que esa es la forma que voluntariamente reviste. Aunque pueda tratarse de una sociedad en la que la participación de la Administración sea mayoritaria o única (como es el caso), y aunque su finalidad no sea la de intervenir en la actividad económica sino la de prestar un servicio público de interés general, el solo hecho de haber elegido la forma de sociedad mercantil como modalidad de gestión sujeta la misma a este régimen jurídico.

Según lo expuesto, por lo que respecta a las relaciones con los particulares que pueden reclamar por un presunto funcionamiento normal o anormal de servicios públicos empresariales como....., ninguna especialidad en la regulación de su funcionamiento o el de las empresas públicas estatales en general permite verificar un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial directamente con la Administración pública de la que depende o a la que está adscrito como medio propio y servicio instrumental, debiendo aplicarse analógicamente, en especial cuando se están ejecutando obras públicas, la previsión del artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público para todos los contratistas, ya que tampoco puede ser la posición de..... como empresa muy distinta de la que ocupan otras sociedades mercantiles totalmente privadas cuando ejecutan obra pública."

No obstante en este caso el Consejo no declara la responsabilidad de dicha sociedad porque no le consta la relación de causalidad entre la actuación de la misma y el daño sufrido.

Se puede comprobar así que la doctrina del Consejo de Estado no es todo lo uniforme que debiera.

Un caso interesante es el que plantea el Dictamen nº 1123/2009, de 23 de julio de 2009. Se trataba de la reclamación de responsabilidad patrimonial de una mutualista de MUFACE por una prestación de asistencia sanitaria supuestamente deficiente por los servicios sanitarios que MUFACE tenia concertados. El Dictamen menciona el carácter de contrato de gestión de servicio público que tienen esos conciertos (criterio que ha acogido la Disposición Adicional 23ª LCSP) y señala que no solo la responsabilidad no es de MUFACE sino que aclara las posibles vías que puede seguir el reclamante si no está de acuerdo con la resolución desestimatoria:

"Entrando en el fondo de la reclamación deducida, el Consejo de Estado considera que procede su desestimación toda vez que la responsabilidad de MUFACE, en cuanto titular de los conciertos, se ciñe a gestionar económicamente la financiación de la prestación sanitaria. Ha quedado acreditado, además, en el expediente que el eventual daño

sufrido por.... no ha sido consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, por cuanto MUFACE se ha mantenido completamente al margen de la prestación sanitaria, pues ésta es exclusiva responsabilidad de Adeslas conforme a las cláusulas 5.2.1, 5.2.2 y 5.4.1 del concierto que ha regido durante los años en que se han producido los supuestos hechos lesivos. No cabe apreciar en este caso la existencia de una relación de causalidad entre el actuar administrativo y el eventual daño producido y, por tanto, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de dicha entidad pública.

Todo ello sin perjuicio de que, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la interesada pueda, además de interponer recurso contra la resolución de MUFACE por la que se desestima la reclamación formulada, accionar, al tiempo, contra la entidad aseguradora y los centros hospitalarios y los facultativos que prestaron la asistencia sanitaria —conforme a las normas de derecho privado que resulten aplicables— de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial."

A nuestro juicio ésta es la solución más correcta. Si el ordenamiento jurídico es un conjunto "organizado" (en ocasiones ello es un tanto dudoso) de normas, el artículo 198 LCSP debe ponerse en relación con el reformado artículo 9.4 LOPJ de tal forma que la Administración puede fijar en el expediente que tramite la imputación de la responsabilidad. Si el reclamante no esta de acuerdo puede recurrir ante la jurisdicción contenciosa en un proceso en el también será demandado el contratista y si el contratista cree que no hay responsabilidad o esta es imputable a la Administración también podrá acudir a la jurisdicción contenciosa. En cualquier caso hay que destacar la correcta tramitación del expediente de responsabilidad al que se refiere dicho dictamen en el que obran.

En los distintos Consejos autonómicos hay, como era de esperar, diversidad de posturas. Así los Consejos de Asturias (Dictamen 18/2009, de 19 de febrero de 2009), Canarias (Dictamen 163/2009, de 1 de abril de 2009) Murcia (Dictamen 113/2008) optan por establecer la responsabilidad de la Administración sin perjuicio de su derecho a repetir contra el contratista.

Así el Dictamen 163/2009 del Consejo Consultivo de Canarias señala:

"En lo que respecta al funcionamiento del servicio, éste ha sido inadecuado, puesto que la Corporación Local no ha mantenido las señales de tráfico, un elemento de suma importancia para la ordenación del tráfico y, por lo tanto, para garantizar la seguridad de los usuarios de la vía de su titularidad, en las debidas condiciones de conservación.

Asimismo, y tal y como se ha señalado en otros Dictámenes por este Consejo, la Administración tiene una obligación in vigilando sobre la empresa concesionaria del servicio, correspondiéndole probar, en aplicación del principio de distribución de la carga de la prueba, que dicha obligación se ha cumplido correctamente, inspeccionando el estado de las señales de tráfico y la actuación de dicha empresa, lo cual no se ha hecho.

Por último, es preciso recordar a la Corporación Local lo que ha indicado razonadamente por este Organismo de forma constate en supuestos de similar naturaleza. Y así, es doctrina reiterada del Consejo Consultivo (véanse, por ejemplo, el Dictamen 15/2001 o el reciente Dictamen 97/2009, entre otros) que, presentada reclamación de indemnización por el interesado, la Administración titular del servicio público debe tramitar el procedimiento de responsabilidad y, en su caso y respondiendo por la prestación del mismo, indemnizarlo por daños causados por su funcionamiento, sin perjuicio de que, en su caso, pueda repetir posteriormente contra la empresa concesionaria [del servicio], siendo ésta contractualmente responsable por daños generados en su ejecución por incumplimiento."

El Dictamen 113/2008 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia también recoge lo que considera una doctrina consolidada:

"En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser el Hospital donde se produce el accidente de titularidad regional. El hecho de que las obras en el aparcamiento se llevaran a cabo por una empresa contratada a tal fin, no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista. En efecto, este Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 9 y 20 del año 2002) que la interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente, artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), en el que se establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones de ejecución del contrato, nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver la misma respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra

éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad. En este sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 23 de febrero de 1995, como el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999. Es decir, la Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos."

Por el contrario los de Castilla-La Mancha (Dictamen 6/2008, de 16 de enero), País Vasco (Dictámenes 99/2005 y 71/2009), Andalucía (Dictamen 765/2008, de 29 de diciembre), Extremadura (Dictamen 349/2006) y Madrid (Dictamen 227/2008 de 17 de diciembre) establecen directamente la responsabilidad del contratista.

Para el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el Dictamen 6/2008:

"Establecida en la anterior consideración la conclusión de que procede la reparación de los daños causados por el irregular mantenimiento y conservación de la autovía, procede ahora determinar quién ha de resultar obligado al pago en virtud de la resolución que ponga fin al procedimiento tramitado.

Este planteamiento implica, por tanto, la admisión de que dicha resolución declare la obligación del concesionario; dicho de otro modo, que la Administración no está obligada a limitar su pronunciamiento a declarar la legitimación pasiva del concesionario, remitiendo al reclamante a la vía judicial para vindicar su derecho a ser indemnizado.

A juicio del Consejo este planteamiento no resulta extraño sino concorde con nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones, atinentes tanto a supuestos similares como a los daños causados a terceros por causa de la ejecución de los contratos que incluyen la prestación por el concesionario del servicio de mantenimiento de las carreteras de titularidad pública.

1. Existe una previsión concreta en el supuesto de la responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria, prevista en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que "la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del sistema nacional de salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

Es doctrina de este Consejo —dictamen 174/2006, de 11 de octubre, reiterada en otros posteriores— que en estos supuestos de causación de daños a pacientes por tratamientos producidos en centros sanitarios privados concertados se impone una interpretación sistemática del artículo 97 del TRLCAP y la mencionada disposición adicional 12ª, de la que cabe extraer las siguientes proposiciones:

"- La referencia a la prosecución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incluida en la citada disposición adicional 12ª hace inapropiado invocar falta de legitimación pasiva por parte de la Administración Sanitaria para conocer de reclamaciones como la planteada, en la que se le exige indemnización por los daños derivados de la asistencia médica prestada fuera de su red asistencial, pero por encargo de aquélla.

- A tenor de las facultades que en tal sentido se reconocen al órgano de contratación en el procedimiento singular regulado en el artículo 97. 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —a cuyo cuerpo normativo remite globalmente el concierto suscrito por la entidad titular de la Clínica [...]—, resulta procedente que el órgano administrativo facultado para resolver sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial emita un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad producida en el que se señale que ésta recae sobre el contratista o entidad suscriptora del concierto, si se dan los supuestos caracterizadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- El procedimiento al que alude el apartado 4 del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la reclamación de los daños imputados al centro sanitario concertado con la Administración, en estos supuestos, es el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refiere la indicada disposición adicional 12ª, que conduce lógicamente al ulterior conocimiento de la cuestión por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

- El sistema apuntado resulta plenamente operativo y garantista de los derechos de los usuarios que son derivados a clínicas y hospitales concertados, puesto que en el caso de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial antedicho concluyera con una resolución estimatoria para el perjudicado, que declare la responsabilidad del centro concertado y la suma en que se cifre la indemnización, éste último, a quien se habrá de notificar la resolución adoptada, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando a conocimiento del orden contencioso-administrativo todas la cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado, o aceptar dicha declaración de responsabilidad permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar [...]".

2. La previsión para el caso de los daños derivados de la actuación de concesionarios se contempla expresamente en nuestra legislación en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, precepto que no ha sido objeto de derogación expresa y que, a juicio de este Consejo, se encuentra vigente. Su tenor literal expresa: "Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso".

El sector doctrinal que cuestiona su vigencia vincula su tácita derogación al artículo 97 del TRLCAP. Es criterio de este Consejo que no existe incompatibilidad entre el contenido de uno y otro precepto.

El procedimiento regulado en el artículo 97, entendido como el mero pronunciamiento ante el tercero dañado, sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por el hecho causante, no está en contradicción con la posibilidad de integrarlo o convertirlo en un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que se examina la relación causal. Negar esta posibilidad legal implica abocar a una división de la continencia de la causa pues, declarada por la Administración solamente la legitimación pasiva del contratista concesionario, orientando con ello al tercero dañado al ejercicio de su acción en vía civil frente al mismo, éste no sólo tendría que plantear su defensa en dicho orden jurisdiccional, sino que podría también recurrir en vía contencioso-administrativa el pronunciamiento de la Administración.

En suma, el artículo 97 si es entendido como contrario a su compatibilidad con el 123 de la Ley de Expropiación Forzosa genera más problemas de índole procedimental y procesal a todas las partes intervinientes: las contratantes y el tercero dañado como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Como se verá a continuación la ejecución del contrato en este caso requiere en virtud de sus cláusulas la indemnización de "manera inmediata" del tercero dañado por el contratista concesionario.

3. El objeto del contrato de concesión de obra pública suscrito en fecha 5 de junio de 2003 entre la entonces Consejería de Obras Públicas y la entidad Z, incluyó tanto la redacción de proyecto y construcción, como la posterior explotación, mantenimiento y conservación de la autovía de CM-42 en el tramo Toledo-Consuegra, por un periodo de treinta años.

La Ley aplicable al mismo es la siguiente:

Conforme al artículo 343 del TRLCAP es obligación general del concesionario en este tipo de contratos la de "indemnizar los daños que se

ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables según el artículo 97 de esta Ley". Asimismo, el artículo 244.1 dispone en cuanto al uso y conservación de la obra pública, que "el concesionario deberá cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública", especificando en su apartado 4 que "el concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación".

Estas obligaciones legales se han trasladado y concretado en el presente caso en el Pliego de cláusulas económico-administrativas rector de la concesión, que prevé así en la cláusula 24.1 que "el concesionario asumirá los riesgos y responsabilidades de toda índole que se deriven de la redacción del proyecto de construcción y de la financiación, construcción, explotación, mantenimiento y conservación de la autovía y de aquellos otros elementos comprendidos en el contrato". Y en la cláusula 24.16 señala que el concesionario "mantendrá en perfecto estado la autovía, terrenos e instalaciones afectas, dentro de las normales condiciones de pulcritud y cuidado estético, obedeciendo las indicaciones que sobre el particular le haga la Administración, en cuyas funciones colaborará activamente. Deberá tener personal disponible para hacer frente a las anomalías en el estado de la carretera, adoptando las medidas necesarias para corregirlas. Por anomalías se entienden aquellas situaciones que inciden sobre el normal desarrollo del tráfico, como accidentes, retenciones, obstáculos en la carretera, inundaciones, nevadas y otros de naturaleza análoga".

Asimismo, en la cláusula 24.17 indica que: "[...] Conservará las instalaciones fijas en perfecto estado para la prestación de los servicios, efectuando el mantenimiento y conservación y las reparaciones necesarias para ello".

Para la efectividad del cumplimiento de tales obligaciones el artículo 249.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha previsto como prerrogativa de la Administración la de "vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario".

Por último, la cláusula 24.15 del Pliego de Cláusulas Económico-administrativas rector de la contratación, aceptado y suscrito por el contratista, señala que:

"Será obligación del concesionario indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros y a la Administración o al personal dependiente de la misma como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, en la forma que señala el artículo 97 de la LCAP.

De acuerdo con el párrafo anterior, el contratista deberá proceder de manera inmediata a indemnizar y reparar de forma totalmente satisfactoria dichos daños y perjuicios".

Por todo lo anterior es evidente que la obligación de indemnización corresponde al concesionario y es parecer de este Consejo que dictar una resolución que le obligue a reparar los daños ocasionados por el irregular estado de la vía, es la forma más adecuada que tiene la Administración de hacer cumplir esta última cláusula contractual citada, resolución administrativa que, dado su carácter ejecutivo, es el medio pertinente para cumplir la exigencia de inmediatez que establece la cláusula citada en último lugar.

La incoación de oficio —puesto que en un principio no había reclamación dirigida frente a la Administración— del expediente de responsabilidad patrimonial supone, de modo implícito, una interpretación de dicha cláusula que avala la posibilidad de una resolución administrativa que obligue al concesionario al pago de los daños causados.

Esta solución no es sólo plenamente garantista de los derechos del usuario de los servicios públicos, sino que también, respetando los derechos del concesionario, garantiza el mejor cumplimiento del contrato.

En definitiva, en el presente supuesto la responsabilidad existente es imputable al concesionario, procediendo que la Administración declare la misma y la obligación de indemnizar al usuario afectado en los términos que se expresarán en la consideración siguiente."

En el interesantísimo Dictamen 99/2005 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco se realiza un exhaustivo estudio de la cuestión. Para la Comisión.

"A los solos efectos de centrar las consideraciones que luego se formulan, basta recordar que el concreto tenor literal del artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo motivó una intensa polémica doctrinal sobre su relación (derogación tácita o compatibilidad) con el régimen que para los concesionarios y contratistas establecía hasta ese momento la LEF. Las posturas allí sostenidas tenían consecuencias directas en orden al régimen material (la responsabilidad objetiva y directa aplicable a las administraciones públicas o la responsabilidad extracontractual civil) y al siempre debatido asunto de la jurisdicción competente para el examen de la responsabilidad de los contratistas por daños producidos a terceros.

1. La supresión de la voz "civil" en el apartado 3 del vigente artículo 97 LCAP permite a la Comisión dejar constancia del debate (en parte no cerrado) pero sobre todo señalar que en su opinión cabe entender, sin

forzar el literal del precepto, que éste consagra una doble opción para el particular que puede acudir a la jurisdicción civil para demandar sólo al contratista o la jurisdicción contencioso-administrativa para demandar a la Administración contratante y, en su caso al contratista (supuesto que también, tras cierta incertidumbre, admiten con claridad el actual artículo 9.4 LOPJ y el artículo 2 e) de la vigente LJCA).

2. La polémica, sin embargo, subsiste en orden a cuál deba ser la inserción del régimen establecido en el artículo 97 LCAP con el que deriva del artículo 106. 2 CE y LRJPAC.

3. Por formularla con claridad y brevedad, el precepto no ha zanjado en forma definitiva la cuestión a la que nos enfrenta la cuestión sometida a Dictamen: si, al hilo de una reclamación de responsabilidad patrimonial, puede la Administración contratante decidir y derivar la responsabilidad al contratista (aplicando las reglas que rigen el instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas) y establecer la obligación de éste de abonar la indemnización fijada al perjudicado.

4. En la doctrina, el acuerdo se termina en destacar la imprecisión del artículo 97 LCAP (en especial, sus dos últimos párrafos) y su nula contribución a clarificar la situación surgida con el antiguo artículo 134 del Reglamento General de Contratación de 1975. A partir de ahí, no cabe hablar de una solución unánime (ni tan siquiera claramente mayoritaria).

5. No siendo este el lugar para realizar el examen exhaustivo de las distintas líneas doctrinales baste enunciar en forma sintética lo siguiente.

6. Para una parte de la doctrina, el precepto vendría a establecer la vía para exigir la responsabilidad del contratista fijando un procedimiento específico en el que la Administración realiza una suerte de actuación arbitral entre dos particulares que deberá finalmente dilucidarse en la vía civil. El precepto, en suma, remite al particular a la vía civil a fin de depurar la responsabilidad con otro privado (el contratista).

7. Para otra parte de la doctrina, ha de salvarse el literal del artículo 97 LCAP (atendidos los problemas que conlleva) y acudir a su interpretación sistemática lo que finalmente desemboca en la solución que permitía el artículo 134 del Reglamento General de Contratación de 1975 (sin perjuicio, claro está, de la opción del particular de ir a la vía civil a exigir la responsabilidad del contratista en exclusiva).

8. Con todo, reiterando que no es éste el lugar para realizar un detenido análisis de las diversas posiciones doctrinales (lógicamente adecuadamente fundadas), interesa a la Comisión detenerse especialmente en el examen de la posición de otros órganos consultivos; ámbito en el que también se observan soluciones divergentes a la cuestión.

9. De nuevo, sin ánimo exhaustivo, con el único fin de dejar constancia de las dos posiciones más perfiladas formuladas con vocación de fijar pautas que trasciendan la resolución del caso, cabe dejar constancia de la posición del Consejo Consultivo de Andalucía y del Consejo de Estado.

10. En cuanto al primero, tras estudiar la cuestión con detenimiento en su Dictamen 15/2000 (por tanto, en relación al artículo 98 Ley 13/1995, de 18 de mayo), estima en la exposición sintética que de su línea realiza en posteriores dictámenes (vgr: D. 452/2003) lo siguiente:

"la regla-base de la responsabilidad del contratista es que éste responde por los daños que derivan directamente de su gestión, a menos que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Y en cuanto concierne al alcance del pronunciamiento de la Administración se sostiene que ésta no está legalmente compelida a pronunciarse sólo y exclusivamente sobre el sujeto responsable; antes al contrario, es ajustado a Derecho resolver todas las cuestiones que plantea la reclamación".

11. En sentido contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 3235/2002), sin perjuicio de encontrar algún dictamen que se separa de la línea mayoritaria (vgr: 607/2001):

"La propuesta de resolución invoca, como primer argumento en que fundar la desestimación de la reclamación presentada, la existencia de una empresa contratista y afirma en tal sentido que, no mediando una orden directa e inmediata de la Administración (artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), la responsabilidad corresponde exclusivamente a dicha empresa.

.../...

Es cierto que en la Ley de Contratos de 1995 (art. 98) apareció un nuevo apartado, el 3, con arreglo al cual "los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños", sin que por ello el Consejo de Estado se sintiera obligado a modificar su doctrina tradicional (dictámenes de 26 de noviembre de 1998, expedientes 3.991/98 y 4.049/98; de 10 de diciembre de 1998, expediente 4.076/98; de 22 de abril de 1999, expediente 669/99; de 23 de noviembre de 2000, expediente 3.509/2000; de 21 de diciembre de 2000, expediente 3.622/2000; de 21 de diciembre de 2001, expediente 3.425/2001; y de 21 de febrero de 2002, expediente 3.433/2001).

Y ello porque se consideró que la anterior doctrina no era incompatible con la facultad concedida al lesionado —y rara vez utilizada— de acudir al órgano de contratación para decidir si opta por la vía judicial o por la administrativa, con el efecto añadido de interrumpir la prescripción de

la acción y de que, si su reclamación estaba mal formulada, se pueda tramitar como requerimiento previo (Vid. dictamen 3.425/2001, de 21 de diciembre), pero sin que en ningún caso quepa entender que el citado artículo 97.3 tiene la virtualidad de privar a los particulares de una garantía constitucional (art. 106.2 CE) cual es la de exigir directamente a la Administración titular de la obra o del servicio causante del daño la responsabilidad patrimonial correspondiente, aunque haya un contratista interpuesto. En consecuencia, el hecho de que el mantenimiento de los jardines que rodeaban al edificio de Servicios Múltiples estuviese encomendado a una determinada empresa no es obstáculo para que, en su caso, si concurren los requisitos legalmente establecidos al efecto, proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración".

La jurisprudencia

12. La interpretación del antiguo artículo 134 del Reglamento General de Contratación de 1975 fue objeto de diversas interpretaciones jurisprudenciales.

13. El debate jurisprudencial se zanja en las SSTS de 7 de abril de 2001, 30 de abril de 2001, tesis jurisprudencial que sigue en sus resoluciones posteriores el Tribunal Supremo:

"Como dice la Sentencia de 30 de abril de 2001, Recurso 9396/96 (RJ 2001\6852), esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7399): «Una tesis que es la de la Sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Ésta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la Sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquella que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto.

En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista», tesis que mantienen también las Sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002\3404) y 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5632).

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la Sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala «no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido —pues atenta el principio de economía procesal— que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo».

La recurrente no obstante sostiene la primera de las tesis expuestas y en estos términos está, por tanto, planteado el debate ante nuestra Sala.

Hemos ya anticipado cuál es la interpretación correcta —deducida de su propia redacción literal— del artículo 134 del Reglamento de contratos de 1975, aplicable al caso que nos ocupa. Así la cosa lo correcto hubiera sido proceder conforme a lo establecido en el párrafo tercero de dicho precepto, que dice: «Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Los motivos segundo y tercero en consecuencia, al basarse en otorgar un alcance incorrecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en cuanto establece un nuevo supuesto de responsabilidad no previsto en la Ley, que esta Sala rechaza en su más reciente jurisprudencia, deben ser rechazados (Sentencia de 30 de octubre de 2003)."

14. No obstante, como es notorio, la citada jurisprudencia se elabora al hilo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación de 1975 —hoy derogado—, siendo en la actualidad el precepto vigente y aplicable al caso el artículo 97 LCAP.

15. En cuanto a la interpretación y aplicación jurisprudencial del citado artículo 97 LCAP —por lo que esta Comisión conoce, todavía en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia— se advierte, de nuevo, la existencia de corrientes jurisprudenciales diversas que pueden ser sintéticamente expuestas como sigue.

16. Sobre la base del literal de los dos primeros apartados del artículo 97 LCAP, el principio de economía procesal y las prerrogativas de la

Administración contratante, una primera línea sigue la tesis del Tribunal Supremo sobre el artículo 134 del Reglamento General de Contratación de 1975 —arriba recogida— y, por tanto, estima que la Administración, en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial, puede pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad del contratista y, si ésta procede, fijar la cuantía de la indemnización. La resolución podrá ser revisada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancias tanto del particular como de la empresa contratista (entre otras, TSJ de Navarra de 19 de mayo de 2004 (JUR 2004/199076).

17. Como solución jurisprudencial incardinable en esta línea, debe matizarse que si, planteada por el particular la responsabilidad patrimonial a la Administración, ésta no contesta o desestima la reclamación sin realizar la debida instrucción, aunque se alegue en el proceso la responsabilidad del contratista, se condena a la Administración, sin perjuicio de reconocer su posibilidad de repetir contra aquél (entre otras, SSTSJ de Madrid de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/268710).

18. Sobre la base del literal de los dos últimos apartados del artículo 97 LCA, la segunda línea considera que, tratándose de la responsabilidad de un sujeto privado, es la jurisdicción civil la competente, por lo que la Administración deberá limitarse a declarar, en su caso, como órgano de contratación, la imputación de la responsabilidad al contratista. El particular deberá acudir a la vía civil para obtener la correspondiente indemnización. (entre otras, SSTSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005/34964); 31 de octubre de 2003 (RJCA 2003/999).

19. Y, ya en fin, sobre la base de la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 106.2 CE), la titularidad pública del servicio o la obra contratada y la aplicación del principio de la culpa in vigilando, la tercera corriente estima la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración contratante y el contratista que impide privar al particular de la garantía de indemnidad que consagra el artículo 106.2 CE, sin perjuicio de que la Administración pueda luego repetir contra el contratista la indemnización abonada.

20. Por su obvio interés para la actividad consultiva de esta Comisión, del examen de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en las que se argumenta por las partes y/o se aplica en la resolución judicial el artículo 97 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo o el artículo 98 LCAP, cabe afirmar que la mayor parte de sus pronunciamientos es reconducible a la primera de las líneas descritas.

21. Así, con claridad se expresa en la Sentencia de 24 de mayo de 2005 (JUR 2005/212057).

Resulta en este caso también de interés tener en cuenta un factor relevante de interferencia, cuando en los hechos pudiera tener incidencia la presencia de un contratista de la Administración, como consecuencia de la ejecución de un contrato por cuenta de aquélla el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su artículo 97 (en términos idénticos a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 13/1995, aplicable a estos hechos señala .....

Atendido lo anterior, es pertinente la estimación del recurso al quedar suficientemente acreditado que el accidente se produjo, ciertamente como consecuencia del mal estado para la circulación de peatones que presentaba la zona en obras, habiendo probado con suficiencia...que la caída se produjo por la existencia de materiales propios de las obras.... El acto administrativo objeto de control ha de ser anulado y el recurso estimado en lo que se refiere a la existencia de un mal funcionamiento del servicio, si bien, en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas habrá de ser el contratista.... quien responderá de la indemnización que este Tribunal juzgue pertinente".

22. En igual sentido, en varias ocasiones ha aplicado la matización derivada de la incorrecta tramitación del expediente de responsabilidad, declarando que la alegación por la Administración demanda del artículo 98 LCAP en el proceso resultaba extemporánea (entre otras, SSTSJ del País Vasco, de 3 de noviembre de 2004 (JUR 2004/42537); de 12 de noviembre de 2004 (JUR 2005/40613); de 6 de mayo de 2005 (JUR 2005/212354).

La posición de la Comisión

23. Hasta este momento la Comisión (entre otros, DDCJA 64/2001, 102/2004 y 110/2004) ha venido aplicando la tesis acogida por el Consejo de Estado (bien que en muchas ocasiones tal solución venía impuesta por la total ausencia del contratista en el procedimiento instruido).

24. Sin embargo, la inclusión en su ámbito de competencia de la Administración Local (artículo 2.1 b) LCJAE) motiva que estime necesario reconsiderar dicha posición.

25. Descrito como ha quedado el estado de la cuestión, la Comisión, sin desconocer que la discusión doctrinal y jurisprudencial no está zanjada y reiterar que el artículo 97 LCAP —con su oscuro literal— no ofrece una solución nítida, se inclina por aplicar la línea que a continuación expone para lo que toma en consideración lo siguiente.

26. Estima la Comisión que la tesis —ahora, ciertamente minoritaria— que aboga por remitir la cuestión a la vía civil, no toma extrae todas las consecuencias derivadas de la unidad jurisdiccional (a

favor de la jurisdicción contencioso-administrativa) que cuenta en la actualidad con la expresa modificación del artículo 9.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 6/1998, de 13 de julio, precisamente para cohonestar el contenido de dicha LOPJ con el de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

27. Además, otro de los aspectos nucleares de dicha línea (el carácter privado del concesionario) plantea problemas de compatibilidad con la interpretación del vigente diseño del instituto de la responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico que, a juicio de la Comisión, impide excepcionar, con ese fundamento, el régimen de responsabilidad de las administraciones y la aplicación del propio de los sujetos privados al particular que sufre el daño como consecuencia de la actuación del contratista "público" (la tendencia a aplicar también en la vía civil la responsabilidad objetiva, no permite arrumbar el argumento).

28. La tercera línea, por su parte, a juicio de la Comisión, deja en un segundo plano el interés general (en especial, el principio de eficacia -más precisamente, el de eficiencia —artículo 31.2 CE—) en el destino del gasto público).

29. La solución que se propone, por el contrario, permite, a juicio de la Comisión, una más adecuada integración de los intereses que subyacen en todo procedimiento de responsabilidad patrimonial y que cabe resumir, por un lado, en la obligación de garantizar la indemnidad del particular que sufre un daño antijurídico producido como consecuencia del funcionamiento del servicio público (aquí concretado en la ejecución de un contrato público) y el interés general que subyace en la configuración legal del instituto de la responsabilidad patrimonial.

30. En orden al principio de indemnidad, estima la Comisión que, siempre que el procedimiento haya sido instruido correctamente, el derecho del particular lesionado no debe padecer por el hecho de que finalmente la responsabilidad se impute a un patrimonio distinto.

31. Una vez examinada y acreditada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos, que la imputación final de la indemnización se realice al patrimonio de aquélla, no rebaja o minora, en abstracto, el nivel de garantía del particular que ve reconocido su derecho con aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (esto es, como sistema general, que descansa sobre el criterio de responsabilidad directa y objetiva —ajeno, por tanto, a la idea de culpa— y cuya aplicación es controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa).

32. Estima asimismo la Comisión que, en tanto la resolución que pone fin al procedimiento, es un acto administrativo, tiene la fuerza de obligar propia de dichos actos, es inmediatamente ejecutiva y por tanto,

de darse un incumplimiento por parte del contratista, podrá el interesado instar a la Administración autora del acto su ejecución forzosa.

33. El hecho de que se amplíe el círculo de interesados que pueden impugnar la resolución (en concreto, el contratista disconforme con la imputación o la cuantía indemnizatoria fijada) no es tampoco una circunstancia que minore o debilite la garantía que para el particular representa la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, toda vez que el régimen de ejecución de la resolución no debe verse afectado por la impugnación (a salvo, claro ésta, el régimen de las medidas cautelares (Capítulo II del Título VI LJCA).

34. En suma, la solución que se propugna permite garantizar el mismo nivel de cobertura a los daños ocasionados por los servicios públicos gestionados por la administración que a los ocasionados por sus contratistas. La diferencia se circunscribe a la identificación de quién debe asumir la obligación de indemnizar.

35. Preservado el derecho del particular lesionado, en orden al interés público también presente en el diseño del instituto de la responsabilidad patrimonial, estima la Comisión que no puede soslayarse el crecimiento de los expedientes de responsabilidad patrimonial paralelo al de los niveles de intervención de las Administraciones públicas en múltiples y cada día más variados sectores, lo que obliga a extremar en su función consultiva la necesidad de evitar la detracción de fondos públicos —por definición, limitados—, adelantando el abono de indemnizaciones que pueden ser jurídicamente imputables a patrimonios distintos del público.

36. Como señala la doctrina autorizada, hoy es difícil encontrar un sector relevante de actividad que permanezca al margen de la intervención de alguna de las administraciones públicas de nuestro ordenamiento. El índice de probabilidades de que se produzca un siniestro como consecuencia o con ocasión del funcionamiento o inactividad de las administraciones públicas ha aumentado enormemente en los últimos años (razonamiento cuya virtualidad se evidencia si se toma en consideración vgr. el aumento de la contratación para la realización de obras públicas por las entidades locales).

37. El instituto de la responsabilidad debe ser, sin duda, interpretado y aplicado teniendo presente su carácter de instrumento al servicio del principio de indemnidad de los ciudadanos frente a la actividad de las administraciones públicas, pero ello no es contradictorio con la necesidad de atemperar la expansión que la obligación genérica de reparación viene sufriendo en la sociedad —como señala la doctrina "compleja, tecnológicamente hiperactiva y en constante mutación"—.

38. A juicio de la Comisión, la propia garantía que supone el instituto de la responsabilidad de las administraciones públicas tal y como se

encuentra configurado en nuestro ordenamiento jurídico, exige, a su vez, apurar los mecanismos legales que permitan su indebida expansión (que podría devenir económicamente inaceptable para las administraciones públicas) y abogar por una aplicación del mismo equilibrada y ponderada que armonice los dos intereses —particular y general— que laten en su configuración legal (el sistema de responsabilidad no convierte —como reitera la doctrina y la jurisprudencia— a las administraciones públicas en una suerte de aseguradoras universales).

39. El supuesto planteado es, a juicio de la Comisión, uno de los que, según lo razonado, reclama utilizar adecuadamente los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico para, reconocida la existencia del daño antijurídico a un particular ocasionado por el funcionamiento del servicio público de acuerdo con los requisitos materiales y procedimentales normativamente exigidos, poder imputar la obligación de indemnizar a quien resulta jurídicamente obligado a ello.

Se trata, en suma, de no olvidar que, en última instancia cuando se reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial, se está activando el elemento de solidaridad sobre el que descansa la construcción del instituto siendo en última instancia los ciudadanos los que terminan —en el mejor de los casos adelantando— lo que corresponde pagar a otros."

La línea infranqueable de esta solución se encuentra, claro está, en la indemnidad del particular que sufre el daño y que exige, por ello, observar en cada caso escrupulosamente las circunstancias que presente, sin poder descartar que en determinados supuestos (cuya clasificación exhaustiva excede el objeto de este Dictamen) deba la Administración proceder al pago (a salvo, la posible repetición). Solución que en la tesis expuesta, por coherencia con su fundamento debe en línea de principio ser excepcional y por tanto de utilización restringida."

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se pronunció en el Dictamen 227/08, de 17 de diciembre de 2008 en el sentido de atribuir la responsabilidad al contratista apoyándose en la STS 30-10-2003. En el Dictamen 100/09, de 11 de febrero de 2009 señala que, en los supuestos en los que la Administración no determine la parte que ha de asumir la responsabilidad, corresponde a la Administración sin perjuicio de una posterior repetición contra el contratista citando a estos efectos la STS 22-5-2007. Por el contrario, en el Dictamen 335/09, de 3 de junio de 2009 concluye categóricamente que "No *obstante la responsabilidad, si existiera, sería directa de la Comunidad de Madrid y no de la empresa de mantenimiento, por cuanto y de acuerdo con los preceptos antes citados de la Ley de Carreteras de Madrid, la obligación de prestación del servicio público de mantenimiento es de la Comunidad y su responsabilidad no puede traspasarla a un tercero en virtud de un contrato".*

5. CONCLUSIONES

El examen de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina permite llegar a una conclusión clara y es que hay una pluralidad de soluciones al problema, real y repetido en la práctica, de la responsabilidad de los contratistas y concesionarios.

Partiendo del hecho indiscutible de que el particular no ha de verse perjudicado por el hecho de que el acto dañoso, haya sido realizado por la Administración o por contratista de ésta, lo cierto es que ha de articularse un mecanismo que permita que el sujeto, ya sea la Administración o el contratista, que verdaderamente ha causado el daño asuma las consecuencias de éste.

Por ello el legislador ha de clarificar el régimen, ya sea estableciendo la obligación del contratista de asumir la responsabilidad si ésta es declarada por la Administración o bien optar por un sistema en el que la Administración si abona la indemnización, no solo pueda sino que deba, repetir contra el contratista.

En todo caso es imprescindible, incluso en la legislación actual, que en el procedimiento se de audiencia al contratista y que éste sepa que del procedimiento puede declararse su responsabilidad pudiendo así aportar los elementos de descargo que crea procedentes. Lo que no es de recibo es confundir esta audiencia al contratista con el informe que ha de evacuar el servicio causante del daño (artículo 10.1 Real Decreto 429/1993). Es una mala praxis el dirigirse al servicio de la Administración y que éste reenvíe la petición de informe al contratista que se limitará (como es frecuente en la práctica) a manifestar que nada sabe del hecho dañoso pero sin pronunciarse sobre su propia responsabilidad.

Ante la inercia del legislador estatal en la materia resulta especialmente interesante la solución que propone la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña en cuanto a que sea el legislador autonómico quien asuma esa actuación normativa en el ejercicio de sus competencias. Si bien la Comisión invoca la competencia de dicha Comunidad en cuanto al *"procedimiento administrativo propio"* conforme el art. 149.1.18ª CE y el art. 159 del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, la propia invocación del art. 149.1.18ª CE permite afirmar que esa posibilidad queda al alcance de todas las Comunidades Autónomas.

Ante el reto que supone para éstas adecuar sus normas de contratación pública a la nueva Ley de Contratos podría ser el momento adecuado para tratar de solucionar un problema normativo que afecta muy directamente a los ciudadanos, verdaderos destinatarios de las normas jurídicas.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

SOBRE EL BORRADOR DE PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Se ha recibido en este Servicio Jurídico el borrador de proyecto de **Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid**.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

El borrador de Proyecto de Decreto que se presenta a informe consta de un Preámbulo, un artículo único, una disposición transitoria, otra derogatoria y tres finales; además, del anexo que contiene el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid que, a su vez, consta de veinticuatro artículos y siete disposiciones adicionales.

El objeto del presente Decreto es triple, en primer lugar, articular un nuevo régimen jurídico de la vivienda protegida en la Comunidad de Madrid, en segundo lugar, fijar un régimen transitorio, para todas aquellas viviendas con protección pública que hayan obtenido la calificación provisional desde el 1 de enero de 2009 hasta la entrada en vigor del presente decreto y, en tercer lugar, derogar cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo preceptuado en el presente de Decreto y, en particular, el Decreto 11/05, de 27 de enero, respetando, eso sí, las situaciones creadas a su amparo.

Tal y como afirmaba la exposición de motivos del Decreto 11/05, de 27 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, éste debiera tener una vocación de permanencia en el tiempo, con el fin de dotar

de una mayor seguridad jurídica tanto a promotores como adjudicatarios de viviendas de protección pública y, con esta finalidad se separó la regulación del régimen jurídico y de la financiación, en la conveniencia de dar una mayor estabilidad al régimen jurídico respecto a la financiación forzosamente ligada a criterios de política presupuestaria.

Sin embargo, se justifica este proyecto de Decreto, como afirma la exposición de motivos, en el nuevo Plan de Vivienda 2009-2012, marcado por un importante ajuste del mercado de la vivienda, como consecuencia del contexto socioeconómico, que exige un régimen jurídico más flexible de la vivienda de protección pública, en aspectos tales como tipología de viviendas de protección pública, extensión de la protección pública, cómputo de superficies, sistema de determinación de ingresos familiares, entre otros.

La competencia de la Comunidad de Madrid en la materia de vivienda es plena, de conformidad con el art. 26.1.4. del Estatuto de la Comunidad de Madrid, en cumplimiento del mandato constitucional del art. 47 CE.

El presente Decreto tiene su apoyatura legal en la Ley 6/97, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, apoyo legal considerado suficiente por los dictámenes del Consejo de Estado de 18 de enero de 2001 y 11 de enero de 2005.

Justificada así la competencia de la Comunidad para dictar este Decreto, así como su apoyo legal, y antes de proceder al análisis de su contenido en lo que se refiere al Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, es necesario hacer referencia a la disposición transitoria única del Proyecto de Decreto relativo a los promotores de viviendas con protección pública que hayan obtenido la calificación provisional desde el 1 de enero de 2009 hasta la entrada en vigor del presente decreto.

Estos promotores se encuentran con la situación de que las viviendas son calificadas provisionalmente, desde el 1 de enero de 2009 hasta la entrada en vigor de este proyecto de decreto, con arreglo al decreto 11/05, el cual contiene una tipología de viviendas públicas que no se corresponden exactamente con las previstas en este Proyecto de Decreto y que, además, pueden estar no contempladas en el régimen de ayudas del Plan de Vivienda 2009-2012, sin que les sea de aplicación el Plan 2005-08, que sólo es de aplicación para viviendas calificadas provisionalmente hasta el 31 de diciembre de 2008.

La solución adoptada en esta disposición es que, tras la previa renuncia a la calificación obtenida por el decreto 11/05, soliciten para la misma promoción nueva calificación provisional con arreglo a lo dispuesto en este Proyecto de Decreto.

Este servicio jurídico considera que podría figurar como excepción, a la renuncia de la calificación provisional con arreglo al decreto 11/05 y nueva solicitud de calificación provisional con arreglo a este Proyecto, cuando la calificación provisional obtenida sea compatible con la normativa de este proyecto de Decreto y sea susceptible la promoción de acceder a las ayudas contempladas en el nuevo Plan de Vivienda 2009-2012, en cuyo caso se regiría dicha promoción por el Decreto 11/05.

De este modo, se daría cumplimiento a la disposición derogatoria del Proyecto de Decreto, que cuando deroga el Decreto 11/05, exige respetar las situaciones creadas al amparo del mismo.

Por último, en cuanto al régimen transitorio, no puede olvidarse la disposición adicional primera de la Ley 6/97, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, referida a la afección de los terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, Viviendas a Precio Tasado o, en general, viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

II

Con carácter previo, se estima recomendable, por razones de práctica legislativa, que el Reglamento se divida en Títulos, Capítulos y, si fuere necesario, Secciones, y no solo en Capítulos y Secciones, como hace el Proyecto de Reglamento.

El artículo segundo contiene la definición de las viviendas con protección pública en la Comunidad de Madrid, ajustando su contenido, a las exigencias mínimas dispuestas en la Ley 6/97, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, si bien por razones de seguridad jurídica, así como de una mejor y más clara comprensión de la norma, resultaría del todo aconsejable, tal y como contenía el Decreto 11/05, incluir en este precepto, los tipos de vivienda con protección pública que regula este Decreto, esto es, viviendas con protección pública para venta o uso propio, para arrendamiento y para arrendamiento con opción de compra, pudiendo ser, todas ellas, de precio básico o de precio limitado, con la excepción de las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra para jóvenes, que serán, en todo caso, de precio limitado, fijándose, en este mismo precepto, las características de las mismas. Destaca, en el proyecto de Decreto, que no se contemplan las Viviendas de Integración Social como tipo de vivienda de protección pública en la Comunidad de Madrid, aún cuando las

mismas se contemplan en el artículo 36 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Esta recomendación, si se llevara a afecto, facilitaría, del mismo modo, la comprensión del artículo tercero del proyecto de Decreto que lleva por rúbrica del "acceso a la vivienda con Protección Pública".

Este precepto es una refundición de los artículos 7, 9, 11 y 12 del Decreto 11/05, relativos, respectivamente, a promotores, titularidad de la vivienda y uso, sistemas de acceso e ingresos familiares, conteniendo, asimismo, los tipos de vivienda con Protección Pública y el sistema de acceso.

La extensión y redacción de este artículo tercero dificultan, en gran medida, la comprensión de la norma en un aspecto tan fundamental como éste de las clases de viviendas con protección pública, sus características y el sistema de acceso a las mismas, por lo que se recomienda que el artículo segundo se ciña a la definición y tipos, con sus características, de vivienda con protección pública mientras que el artículo tercero se refiera exclusivamente al acceso a las viviendas con protección pública.

Con respecto al artículo cuarto que lleva por rúbrica "calificación urbanística del suelo" sería recomendable aclarar, si el mismo contiene una excepción al artículo 2 y 3 del proyecto de Decreto en función del tipo de suelo sobre el que se construyen las viviendas, pues después de referir en los mismos, que las viviendas de protección pública tendrán una superficie máxima construida de 150m2 con la única excepción de las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra para jóvenes que como máximo tendrán una superficie construida de $70m^2$, afirma ahora este artículo que, si se construyen en suelo residencia Viviendas de Protección Oficial, viviendas con protección pública de hasta $110m^2$ construidos, viviendas con protección pública básica o de forma genérica serán, en todo caso, de precio básico y superficie máxima de $110m^2$, salvo que se destinen a familias numerosas.

Este servicio jurídico recomienda, en primer lugar, que todas las referencias contenidas en el Proyecto de Decreto respecto de la Viviendas de Protección Oficial, no se incluyan en el articulado del Proyecto de Decreto sino que se redacte una disposición adicional, en la que se disponga que todas aquellas viviendas de Protección Oficial, financiadas con arreglo al Plan Estatal de Vivienda, se regirán por la normativa específica dictada por la Administración Estatal, siempre que la misma no suponga una invasión de la competencia exclusiva autonómica, de acuerdo con la doctrina sentada por el TC, entre otras, en la sentencia 59/1995, de 17 de marzo y teniendo en cuenta el

régimen de incompatibilidades de las ayudas en materia de vivienda que fija en su artículo 7 el Proyecto de Decreto, por el que se aprueba el Plan de Vivienda 2009-2012 de la Comunidad de Madrid.

En segundo lugar, cuando el artículo 4 se refiere a la construcción sobre suelo residencial de viviendas con protección pública de hasta 110m2 construidos, viviendas con protección pública básica o de forma genérica, sería recomendable incluir en los artículos 2 y 3 las características y sistema de acceso de esta tipología de vivienda, si es que esa es intención de la Administración regional al redactar este precepto o, por el contrario, si se trata de un régimen transitorio para las viviendas de estas características calificadas conforme al Decreto 11/05, en cuyo caso, sería recomendable que se incluyese en una disposición transitorio. Por último, no se comprende el significado de la expresión "viviendas con protección pública básica o de forma genérica", por lo que sería recomendable que se redactara conforme a la tipología de viviendas que debiere establecer el proyecto de Decreto.

El artículo 5 se refiere a la extensión de la protección pública, en términos análogos, al artículo 3 del Decreto 11/05, si bien, dentro de la competencia autonómica exclusiva en materia de vivienda, modifica los porcentajes de precio máximo legal por metro cuadrado de superficie útil de venta respecto de los garajes y trasteros y contempla la posibilidad de que se extienda a una segunda plaza de garaje.

En cuanto, a los artículos 6, 7, 8 y 9 vienen a reproducir los preceptos que ya contenía el Decreto 11/05, respecto de superficies, destino, ordenación técnica y promotores, incluyendo alguna modificación técnica respecto de l superficie de las viviendas y excluyendo del artículo 7 relativo al destino la referencia que se contenía en el Decreto 11/05 a las viviendas de integración social que ya no se contemplan en el presente borrador como un tipo de viviendas de protección pública en la Comunidad de Madrid.

El artículo 10 referente a la duración del régimen legal de protección pública amplia a 10 años la duración del régimen de protección de las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra. Asimismo se excluye como supuesto de descalificación la de infracción tipificada potestativamente, en la Ley 9/03, de 26 de marzo, de régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, a diferencia del Decreto 11/05 que sí contemplaba en su artículo 8.2.b. la descalificación impuesta como sanción, al amparo de la Ley 9/03, de 26 de marzo, de régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid.

El artículo 12.3 del Proyecto de Decreto contiene una referencia al artículo 3.c, cuando debiera referirse al artículo 5.c. del Proyecto de Decreto.

Respecto del artículo 12.5, este servicio jurídico entiende recomendable que la expresión "no podrá superar el precio máximo legal vigente en la fecha en la que se produzca la transmisión" sea sustituida, por razones de seguridad jurídica, por "el precio por metro cuadrado de superficie útil, para viviendas calificadas provisionalmente en la fecha en que se produzca la transmisión y en la misma localidad y ámbito urbano", pues, esta última expresión no deja margen alguno a interpretación, fijando con claridad cual es el precio de referencia, tal y como establecía el decreto 11/05.

En cuanto al artículo 15.4, se recomienda que antes de denegar el visado por incumplimiento de las condiciones señaladas en el precepto, se conceda al interesado un plazo de subsanación, previo requerimiento por parte de la Administración.

El artículo 17 del Proyecto de Decreto parece no guardar coherencia con el artículo 10 del Proyecto de Plan de Vivienda 2009-2012 en cuanto a las fechas a que ha de referirse la renta anual máxima a cobrar por el arrendamiento de vivienda, dado que el Proyecto de Plan 2009-2012 distingue según estemos ante vivienda de protección pública para arrendamiento y para arrendamiento con opción de compra mientras que este precepto sólo se refiere a las viviendas para arrendamiento.

El artículo 19 se refiere a la calificación provisional que, aún reproduciendo en su mayoría el precepto equivalente del Decreto 11/05, no recoge la previsión de si la calificación provisional ha de solicitarse en todo caso antes del inicio de la obra o si es posible solicitar dicha calificación una vez iniciadas, siendo recomendable la aclaración de este punto.

El artículo 19.2 relativo a la documentación que han de acompañar los promotores con la solicitud de calificación provisional, ha excluido el requisito de relacionar e identificar a los socios o comuneros beneficiarios de las viviendas que se venía exigiendo a las cooperativas y comunidades de propietarias, si éstas fuesen las promotoras, requisito, que dotaba de mayor seguridad a las actuaciones realizadas por éstos, dada su peculiar naturaleza jurídica, por lo que se recomienda la inclusión del mismo.

El artículo 20 introduce como novedad legislativa las consecuencias derivadas de la renuncia por parte del promotor a los derechos derivados de la calificación provisional si se solicitase, por él o por otro, nuevamente la calificación, constituyendo un notable acierto, al ser una medida que puede evitar actuaciones fraudulentas en este ámbito.

El artículo 22 contiene, en su primer apartado, los procedimientos por los que podría modificarse o anularse la calificación definitiva,

remitiéndose a los artículos 102 a 119 LRJ-PAC (revisión de oficio y recursos administrativos de actos y disposiciones de carácter general), si bien establece un supuesto excepcional que se contiene en la disposición adicional cuarta.

Por último, el artículo 24 se refiere a las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción de compra. Este servicio jurídico, por razones de sistemática, recomienda incluir el apartado primero de este precepto en el que se clasifican estas viviendas para arrendamiento con opción de compra, en el artículo 2 del Proyecto, en el que como ya se expuso, sería recomendable incluir los tipos de vivienda de protección pública y el resto del precepto, en el artículo tercero 3 relativo al acceso a la vivienda de protección pública. Destaca en este precepto la existencia de una previsión específica en cuanto a la fecha en que se han de tener cumplidos los 35 años cuando se trata de contratos para arrendamiento con opción de compra para jóvenes y su inclusión en la lista única de solicitantes.

III

En cuanto a las disposiciones adicionales, la primera de ellas se refiere a la promoción de viviendas con Protección Pública con cargo al Plan Estatal de Vivienda, si bien teniendo en cuenta que el Proyecto de Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid prevé en su artículo 7 la incompatibilidad entre las ayudas provenientes del Plan Estatal y del Autonómico, sería conveniente referir esta incompatibilidad en la disposición adicional para el periodo 2009-2012.

La disposición adicional segunda viene a reproducir la Disposición adicional primera del Decreto 11/05.

La disposición adicional cuarta contiene un alto grado de indefinición no sólo por utilizar el concepto jurídico indeterminado "si la coyuntura económica del sector de la vivienda lo aconsejase", sino también por no concretar cuales son las causas o motivos, en virtud de los cuales podrían modificarse, a instancia de los promotores, las calificaciones definitivas de viviendas con protección pública. En todo caso, deberá ser una modificación in mellius, nunca in peius y producirse, como es lógico, antes de que haya tenido lugar la venta de las viviendas, si fueren viviendas con protección pública para venta o para arrendamiento con opción de compra. La Consejería, al regular el procedimiento, ha de contemplar las garantías contenidas en los artículos 102 a 119 LRJ-PAC.

En cuanto a la disposición adicional quinta sería aconsejable que dado que pretende incluir tanto a las viviendas iniciadas como las

iniciadas y terminadas no utilice la expresión "y/o sino sólo "o", además de concretar cuándo se han de tener por iniciadas o terminadas las viviendas, así como sujetar esta posibilidad no sólo a que las promociones cumplan con los requisitos exigidos en la normativa autonómica sino también ajustándose la solicitud y calificación al procedimiento establecido por este proyecto de Decreto.

La disposición adicional séptima modifica el artículo 7.1 del Decreto 19/06, de 9 de febrero, que regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de Vivienda de Madrid que lleva por rúbrica "requisitos para solicitar vivienda". Se recomienda aclarar que al artículo 7.1b que finaliza disponiendo "en el artículo 3.2 del presente Decreto", para que no exista margen de error, que se trata del Decreto 19/06. La modificación contenida en este precepto se caracteriza porque el artículo 7.1.d ya no sólo se refiere a vivienda sujeta a un régimen de protección pública en todo el territorio nacional sino sólo a vivienda, por lo que incluye a las viviendas libres en todo el territorio nacional y no sólo en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid; además porque se excluye como requisito para ser solicitante "no ser titular, ninguno de los miembros de la unidad familiar de vivienda en régimen de arrendamiento o arrendamiento con opción de compra en todo el territorio nacional".

Por todo lo expuesto procede informar **favorablemente** el proyecto de Decreto objeto de informe con las consideraciones expuestas.

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. Ramiro Salamanca Sánchez

SOBRE LA NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA DE LOS FICHEROS QUE PRETENDE CREAR EL ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE MADRID DESTINADOS A LA GESTIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE DICHO COLEGIO COMO DEPOSITARIO Y ENTIDAD ESPECIALIZADA EN PROCESOS DE EJECUCIÓN CIVILES

Se ha recibido en estos Servicios Jurídicos procedente de la Secretaría Agencia de Protección de Datos una solicitud de informe respecto a la naturaleza pública o privada de los ficheros que pretende crear el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid destinados a la gestión de la intervención de dicho Colegio como depositario y entidad especializada en procesos de ejecución civiles.

Examinados los antecedentes recibidos estos Servicios Jurídicos emiten el siguiente

INFORME

La solicitud de informe plantea la naturaleza pública o privada de los mencionados ficheros de datos del Colegio de Procuradores.

El artículo 5.1 en sus apartados l) y m) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre define estos ficheros indicando: *"l) Ficheros de titularidad privada: los ficheros de los que sean responsables las personas, empresas o entidades de derecho privado, con independencia de quien ostente la titularidad de su capital o de la procedencia de sus recursos económicos, así como los ficheros de los que sean responsables las corporaciones de derecho público, en cuanto dichos ficheros no se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica.*

m) Ficheros de titularidad pública: los ficheros de los que sean responsables los órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las instituciones autonómicas con funciones análogas a

los mismos, las Administraciones públicas territoriales, así como las entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas y las Corporaciones de derecho público siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público."

Estas definiciones fueron objeto de críticas en el procedimiento de elaboración del citado Reglamento por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid que entendía que se producía una suerte de desapoderamiento de sus competencias para determinar su ámbito de actuación sobre determinadas entidades de la compleja administración institucional de la Comunidad de Madrid afectando a la competencia autonómica de autoorganización. El Consejo de Estado en su Dictamen nº 1909/2007 de 15 de noviembre de 2007 entendió que el concepto del Reglamento únicamente afectaría a la Administración General del Estado y recomendó que se suprimieran dichas definiciones o que (criterio que recogió el Reglamento) se formulasen de manera genérica y no exhaustiva *"...atendiendo a los criterios usualmente empleados por la AEPD, la naturaleza pública o privada del responsable o el ejercicio de potestades o funciones públicas, entre otros"*.

Éste es el criterio que acogió finalmente el proyecto que, para definir la naturaleza pública de un fichero, acude a un doble criterio, la naturaleza de Administración de la entidad titular (en términos genéricos que ampararían a las entidades de derecho privado de la Administración institucional) y la finalidad de dichos ficheros de facilitar el ejercicio de potestades de derecho público.

Sin entrar en lo acertado o no de dicha redacción final, lo cierto es que se trata de una norma básica conforme la Disposición Final 1ª del Real Decreto 1720/2007 y, por tanto, de aplicación a la Comunidad de Madrid.

En todo caso, no es menos cierto, que en el presente supuesto, más que la problemática consideración como administración de ciertos entes de derecho privado de la Administración institucional nos hallamos ante el problema de la naturaleza jurídica de la llamada Administración corporativa, como son los Colegios Profesionales, lo cual exige un breve análisis de los mismos.

II

La naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales ha sido —y es— muy discutida. De un lado se ha sostenido que son personas jurídico-públicas integradas en la organización del Estado y por tanto Administración institucional (Garrido Falla, Baena del Alcázar,

Entrena Cuesta, Boquera Oliver, Martín Mateo) mientras que, de otro lado, se ha dicho que serían corporaciones sectoriales de base privada que ejercen por delegación determinadas funciones jurídico-públicas (Enterría y T.R. Fernández), siendo Administraciones Públicas en la medida que sean titulares de funciones públicas atribuidas por Ley o delegadas por la Administración. Esta tesis ha sido acogida por otros autores como Santamaría Pastor y por la jurisprudencia constitucional en sentencias como las SSTC 123/87, 76/83, 23/84, 20/88 o 113/94. Fanlo Loras opta por una naturaleza pública de los Colegios profesionales entendiendo que el ejercicio de ciertas funciones públicas con ocasión del ejercicio de determinadas profesiones exige, por razones de oportunidad apreciadas por el legislador, la creación de las correspondientes estructuras organizativas que tienen la condición de poder público y son beneficiarias de las atribuciones típicas de éstos (potestades normativas, disciplinarias, etc.). No obstante dicho autor habla de una "escala de la publicidad" al ser distintas las exigencias de los intereses públicos afectados por la actividad profesional.

De esta manera se puede entender que los Colegios profesionales pueden desarrollar dos tipos de funciones, unas de carácter jurídico-público vinculadas a la defensa y ordenación de la profesión y otras de carácter privado referidas a la gestión en beneficio de los colegiados. A las primeras pertenecerían funciones tales como la ordenación de la actividad profesional y la potestad disciplinaria (artículo 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales), la regulación de los honorarios profesionales y la emisión de informes sobre los mismos (artículo 5 ñ) y n) LCP),entre otras, y a las segundas la organización de servicios comunes para los colegiados de carácter profesional, formativo, cultural y otros análogos (artículo 5 j) LCP) o facilitar la solución de los problemas de vivienda a los colegiados (artículo 5 s) LCP). En términos similares la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.

A este carácter bifronte se refieren tanto la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 30/92 al señalar que a las Corporaciones de derecho público *"...les serán de aplicación las disposiciones de esta Ley en lo que proceda"*, lo cual hace decir a García Gómez de Mercado, apoyándose en el artículo 2 c) LJCA que "...las Corporaciones no son en general, Administraciones Públicas y, por tanto no basta el enunciado del artículo 1 sino que actúan como tales en ciertos casos, cuando ejercen potestades públicas, y sólo en ese caso tendrán el concepto de Administración y sus disposiciones y actos podrán ser fiscalizados por el orden contencioso administrativo. En este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero y 29 de marzo de 2007.

III

Así pues, habrá que determinar si los datos que configuran los ficheros que pretende crear el Colegio de Procuradores pueden considerarse vinculados al ejercicio de potestades de derecho público o no.

A juicio de estos Servicios Jurídicos la respuesta ha de ser negativa. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil establece en su artículo 626.4 la posibilidad de que el nombramiento de depositario pueda recaer en los Colegios de Procuradores *"...siempre que dispongan de un servicio adecuado para asumir las responsabilidades legalmente establecidas para el depositario"*.

El nombramiento de depositario en el proceso de ejecución civil puede recaer —conforme el artículo 626.1 LEC— en establecimientos públicos o privados e incluso en el propio ejecutado. El depositario asume las responsabilidades civiles y penales mencionadas en el artículo 627 LEC y los artículos 1788-1789 CC siendo resarcido conforme establece el artículo 628 LEC. En suma: 1º Es una actividad abierta a sujetos de derecho privado, teniendo el órgano judicial una gran discrecionalidad para nombrar el que considere más adecuado -Auto de 15 de enero de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2º El depositario asume responsabilidad civil y penal, no la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 3º Es una actividad remunerada que puede ser desarrollada de forma mercantil/profesional, 4º El depositario no ejerce ninguna función propia sino que esta supeditado a lo que disponga el Juzgado —artículo 627.1 LEC—.

Es decir, si el Colegio de Procuradores actúa como depositario esta actuando, no como un sujeto que ejerce funciones públicas, sino como un colaborador del órgano jurisdiccional de igual modo que actuaría una sociedad mercantil, por ejemplo.

Lo mismo se puede decir de la actuación del Colegio como entidad especializada a los efectos de la ejecución de los bienes conforme el artículo 641 LEC. Dicho precepto regula la ejecución por dichas entidades (una de las novedades de la actual Ley de Enjuiciamiento) pudiendo éstas ser de naturaleza pública y privada, con la única especialidad de que las primeras estarán exentas de prestar caución. Dicha actuación será remunerada —artículo 641.4 LEC— y requiere que la entidad especializada sea conocedora del mercado y reúna los requisitos exigidos para operar en el mismo —artículo 641.1 LEC—.

Esto es, de forma análoga a lo señalado para el depositario, nos hallamos ante un colaborador del tribunal competente para la ejecución, siendo una actividad que pueden ejercitar tanto sujetos privados (por ejemplo, una casa de subastas) como sujetos de naturaleza pública.

Tampoco en este caso podemos, en modo alguno, considerar que el Colegio de Procuradores desarrolla potestades de naturaleza pública.

Refuerza lo expuesto el que el Colegio haya suscrito acuerdos de colaboración con empresas mercantiles para la función de depositario (XX S.A) y de entidad especializada (XX S.A. y (XX S.L.)).

Es decir, a nuestro juicio, las funciones de depositario judicial y de entidad especializada para la enajenación de los bienes son funciones que pueden desarrollar entidades públicas o privadas pero como colaboradoras del tribunal ante el que se sigue la ejecución en el ejercicio de su competencia jurisdiccional —artículo 117.3 CE— sin que pueda considerarse que los Colegios Profesionales que intervengan estén ejerciendo una potestad de derecho público a los efectos del artículo 5 del Reglamento de la Ley 15/1999.

Por todo lo expuesto procede formular la siguiente

CONCLUSIÓN

UNICA. Los ficheros de datos que cree el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid a los efectos de su actuación como depositario y entidad especializada para la enajenación no pueden tener naturaleza publica sino privada al no ejercer el Colegio potestades de derecho público sino que actúa como colaborador del órgano jurisdiccional, tal y como pueden actuar sujetos de derecho privado.

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

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. TERCER Y CUARTO TRIMESTRE 2009

Nº LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
3/2009	24/06/2009	22/07/2009	RECONOCIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA "UNIVERSIDAD TECNOLOGÍA Y EMPRESA"
4/2009	20/07/2009	27/07/2009	DE MEDIDAS FISCALES CONTRA LA CRISIS ECONÓMICA
5/2009	20/10/2009	21/10/2009	DE ORDENACIÓN DEL TRANSPORTE Y LA MOVILIDAD POR CARRETERA
6/2009	16/11/2009	18/11/2009	DE LIBERTAD DE ELECCIÓN EN LA SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID
7/2009	15/12/2009	29/12/2009	POR LA QUE SE LIBERALIZA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN TÉCNICA DE VEHÍCULOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID
8/2009	21/12/2009	29/12/2009	DE MEDIDAS LIBERALIZADORAS Y DE APOYO A LA EMPRESA MADRILEÑA
9/2009	23/12/2009	29/12/2009	DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA 2010
10/2009	23/12/2009	29/12/2009	DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
62/2009	25/06/2009	30/06/2009	ECONOMIA Y HACIENDA	SE REGULA LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
64/2009	02/07/2009	06/07/2009	EMPLEO Y MUJER	SE ADAPTA LA COMPOSICIÓN DEL OBSERVATORIO PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
65/2009	09/07/2009	16/07/2009 Corrección de errores 21/07/2009	SANIDAD	SE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS DE CERTIFICACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA Y SERVICIOS DE FARMACIA QUE ELABOREN FÓRMULAS MAGISTRALES Y PREPARADOS OFICINALES Y DE AUTORIZACIÓN PARA LA ELABORACIÓN A TERCEROS, Y SE CREA EL REGISTRO CORRESPONDIENTE

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
66/2009	16/07/2009	17/07/2009 Corrección de errores 20/07/2009 y 10/08/2009	EDUCACIÓN	SE FIJAN LOS PRECIOS PÚBLICOS POR ESTUDIOS UNIVERSITARIOS CONDUCENTES A TÍTULOS OFICIALES Y SERVICIOS DE NATURALEZA ACADÉMICA EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE MADRID PARA EL CURSO ACADÉMICO 2009-2010
67/2009	16/07/2009	21/07/2009 Corrección de errores 24/07/2009	PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR	SE MODIFICA EL DECRETO 25/2008, DE 10 DE ABRIL, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA E INTERIOR
69/2009	23/07/2009	04/08/2009	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE ADAPTAN LAS INTERVENCIONES DELEGADAS AL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
73/2009	30/07/2009	13/08/2009 Corrección de errores 23/09/2009	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE MÁQUINAS RECREATIVAS Y DE JUEGO DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y SE MODIFICAN OTRAS NORMAS EN MATERIA DE JUEGO
74/2009	30/07/2009	10/08/2009	MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
78/2009	27/08/2009	10/09/2009	VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO
79/2009	10/09/2009	14//09/2009	SANIDAD	SE DESARROLLA EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PERSONAL EMÉRITO DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
88/2009	15/10/2009	22/10/2009	MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE REGULAN LAS AYUDAS ECONÓMICAS A LA REHABILITACIÓN DE EDIFICIOS RESIDENCIALES Y RECUPERACIÓN DE ENTORNOS URBANOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID
94/2009	05/11/2009	04/12/2009	EDUCACIÓN	SE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
95/2009	12/12/2009	04/12/2009	EDUCACIÓN	SE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID