N.º 8
MAYO
OCTUBRE
2000

Revista Jurídica *de la* Comunidad de Madrid

N.º 8 Mayo-Octubre

Año 2000

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

La tramitación parlamentaria

El proceso monitorio

Procedimientos especiales

Las partes en el proceso civil

Estudios y Comentarios

La fiscalización del Sector Público Autonómico. Especial análisis de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid

Análisis crítico de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

La sociedad de la información y sus implicaciones sobre el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA.

La ejecución provisional en el proceso de despido

Los posibles conflictos competenciales entre la Comunidad de Madrid y las Administraciones Públicas Locales en la aplicación de la Ley 10/98, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico: análisis y soluciones

Recensiones

R.1395

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 8. Mayo-Octubre 2000

2 6 ENE 2001

BIBLIOTECA REGIONAL DE MADRID
Comunidad de Madrid

Director:
Alicia Sánchez Cordero
Director General de los Servicios Jurídicos
alicia.sanchez@comadrid.es

Subdirector:
Salvador Victoria Bolívar
Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central
salvador.victoria@comadrid.es

Edita:
Consejería de Presidencia y Hacienda
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

Imprime:
Organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

Tirada: 750 ejemplares
Coste unitario: 963 pesetas
Edición: 11/00
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999

5 8 ENE 2001

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

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http:// www.comadrid.es
Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o directamente, en:
http://www.comadrid.es/cmadrid/revista_juridica/indice.htm

ÍNDICE

LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*

Ya en la pasada legislatura se elaboró un «Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil», de 9 de agosto de 1995, elaborado por varios expertos designados por el Ministerio de Justicia e Interior.

En la Legislatura 1996-2000 han sido diversas las iniciativas parlamentarias tendentes a la reforma total o parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, representativas, a su vez, de casi todos los instrumentos parlamentarios posibles: interpelaciones, mociones, resoluciones, proposiciones de ley y —finalmente— proyectos de ley.

1) Interpelación y moción sobre «medidas de política general que impulsará el Gobierno para reducir la morosidad y sus efectos en la actividad económica» del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió.

El 5 de marzo de 1998 el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una interpelación urgente a los efectos de conocer las medidas de política general que piensa impulsar el Gobierno para reducir la morosidad y sus efectos en la actividad económica.

En su debate, el día 11 de marzo, la Ministra de Justicia anunció la existencia del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se encontraba, desde finales de 1997, en fase de informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial. Manifestó que dicho anteproyecto pretendía reforzar la protección del crédito y contribuir a reducir las disfunciones y atenuar las consecuencias del fenómeno de la morosidad.

* Los comentarios que a continuación se recogen corresponden a las distintas ponencias presentadas en las IV Jornadas de Estudio de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, los días 7 y 8 de febrero de 2000.

LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

POR

MANUEL J. SILVA I SÁNCHEZ[1]

I. ANTECEDENTES

Ya en la pasada legislatura se elaboró un «Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil», de 9 de agosto de 1995, elaborado por varios expertos designados por el Ministerio de Justicia e Interior.

En la Legislatura 1996-2000 han sido diversas las iniciativas parlamentarias tendentes a la reforma total o parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, representativas, a su vez, de casi todos los instrumentos parlamentarios posibles: interpelaciones, mociones, resoluciones, proposiciones de ley y —finalmente— proyectos de ley.

1) Interpelación y moción sobre «medidas de política general que impulsará el Gobierno para reducir la morosidad y sus efectos en la actividad económica» del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió.

El 5 de marzo de 1998 el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una interpelación urgente a los efectos de conocer las medidas de política general que piensa impulsar el Gobierno para reducir la morosidad y sus efectos en la actividad económica.

En su debate, el día 11 de marzo, la Ministra de Justicia anunció la existencia del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se encontraba, desde finales de 1997 en fase de informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial. Manifestó que dicho anteproyecto pretendía reforzar la protección del crédito y contribuir a reducir las dimensiones y mitigar las consecuencias del fenómeno de la moro-

[1] Abogado del Estado. Diputado por Barcelona por Convergencia i Unió.

sidad. Hizo referencia con cierto detalle a la regulación de los procedimientos monitorio, cambiario e hipotecario, así como al estado de elaboración del Anteproyecto de Ley Concursal.

En su intervención, el diputado de CiU Francesc Homs valoró positivamente la noticia, manifestando que «ese anteproyecto, que anuncia que está en fase de elaboración, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se establecerían dos nuevos procesos, monitorio y cambiario, es una buena línea. Por ahí podríamos avanzar de forma positiva, aun no resolviendo todos los problemas».

La moción subsiguiente presentada por CiU el 12 de marzo instaba al Gobierno a impulsar, antes del 30 de junio, entre otras las siguientes medidas:

> «Sexta. Modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil y adoptar las medidas legislativas necesarias para la utilización de los procedimientos judiciales rápidos, eficaces y con costes reducidos para aquellos casos de reclamación de deudas de baja cuantía o de deudas acreditadas por medio de letras de cambio, cheques o pagarés, al objeto de acelerar su cobro».

La moción fue debatida y aprobada en esos términos el 24 de marzo de 1998.

2) Resoluciones aprobadas en los debates de política general.

En 1996 no tuvo lugar del debate de política general, también conocido como «Debate sobre el Estado de la Nación». En los años sucesivos se aprobaron propuestas referentes a la reforma de la justicia y, concretamente, a la de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el debate de 1997 se aprobó la Resolución n.° 40, cuyo contenido fue el siguiente:

> «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a contribuir a la mejora del funcionamiento de la Justicia, para, además de hacer posible la plena efectividad de las reformas legislativas ya iniciadas, como las relativas a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y a la Tutela Cautelar Penal, continuar la modernización de otros aspectos procesales y sustantivos, con especial referencia a la elaboración de Proyectos de Ley de Justicia Juvenil, de **Enjuiciamiento Civil** y Procedimiento Concursal. **Estos proyectos de Ley deberán inspirarse, entre otros, en los principios de tutela efectiva, seguridad jurídica, oralidad e inmediatez, así como de lucha contra la morosidad**».

En el debate celebrado en 1998 la Resolución n.° 32 instaba al Gobierno, entre otras cosas, a

> «Remitir a la Cámara, antes del 31 de diciembre de 1998, un Proyecto de Ley de Justicia Juvenil, **un Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que haga posible que el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva reciba una respuesta adecuada por medio de procedimientos ágiles y eficaces** y un Proyecto de Ley Concursal...».

En 1999 la Resolución n.° 57 se limitaba a señalar la necesidad de «un nuevo impulso legislativo que permita seguir profundizando las reformas procesales ya iniciadas».

3) Proposiciones de Ley de reforma de la de Enjuiciamiento Civil.

— Proposición de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución. Fue presentada por el Grupo Catalán el 11 de junio de 1996, y aprobada con alguna modificación. Después, incluso, fue modificada por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos para el año 1999.

— Proposición de Ley de Bases de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria sobre Realización Forzosa Judicial de Bienes Embargados, presentada por el Grupo Socialista el 20 de noviembre de 1996, cuya toma en consideración fue rechazada por el Congreso.

— Proposición de Ley de bases de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria sobre subastas judiciales de bienes inmuebles, presentada el 25 de noviembre de 1996 por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, cuya toma en consideración fue, así mismo, rechazada.

— Finalmente, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, al que nos referiremos a continuación.

II. El anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil

En la fase prelegislativa podemos destacar los siguientes hitos:

1. Borrador. Abril de 1997.
2. Anteproyecto. En fecha 26 de diciembre de 1997 el Consejo de Ministros aprobó un primer Anteproyecto.

3. Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de mayo de 1998.
4. Informe del Consejo de Estado, de 17 de septiembre de 1998.

III. El proyecto de ley de enjuiciamiento civil

1) Proyecto

El 30 de octubre de 1998, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley y acordó remitirlo al Congreso de los Diputados para su tramitación.

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de noviembre de 1998. Constaba de 825 artículos; 3 disposiciones adicionales; 7 disposiciones transitorias; 1 disposición derogatoria y 18 disposiciones finales.

A) Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán sobre reforma de la Justicia.

Al margen, pero simultaneamente a la tramitación de la LEC, se debatió y aprobó una proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán sobre reforma global de la Administración de Justicia. El debate y aprobación por el Pleno tuvo lugar el 16 de febrero de 1999. Entre sus objetivos se encontraba el de garantizar la aplicación de aquellas políticas y reformas presupuestarias, orgánicas y funcionales que garantizasen una reforma global de la justicia en general y, atendidas las circunstancias parlamentarias, de la civil en particular.

1. Enmiendas de totalidad

Se presentaron las siguientes enmiendas a la totalidad, todas ellas de devolución, esto es, sin presentación de un texto alternativo:

— Grupo Parlamentario Mixto:

Francisco Rodríguez Sánchez (BNG)
Begoña Lasagabaster (EA)
Mercè Rivadulla (IC)

— Grupo Parlamentario Socialista: 1.
— Grupo Parlamentario de Izquierda Unida: 1.

2. Enmiendas al articulado

Se presentaron en total 1682 enmiendas.

Grupo P. Popular	80
Grupo P. Socialista	651
Grupo P. Convergència I Unió	435
Grupo P. Izquierda Unida	204
Grupo P. PNV	68
Grupo P. Coalición Canaria	48
Grupo P. Mixto	192
— Sr. Rodríguez y otros	82
— Sra. Lasagabaster	24
— Sra. Rivadulla y otros	86

3. Debate de totalidad. 25 de febrero de 1999

En el debate del 25 de febrero se rechazaron todas las enmiendas a la totalidad.

4. Reunión en Navacerrada

Durante el fin de semana del 27 y 28 de febrero se reunieron en Navacerrada altos cargos del Ministerio de Justicia y los Ponentes del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió, asistidos de técnicos, con la finalidad de estudiar y negociar el borrador de enmiendas de este último Grupo.

5. Comparecencias

Ese mismo día del debate en el pleno de las enmiendas de totalidad, el 25 de febrero, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió presentó un escrito —suscrito por el que les habla- ante la Mesa de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados por el que se solicitaba *«la celebración de un período de comparecencias ante la Comisión de Justicia e Interior con la finalidad de conocer la opinión de todos los expertos jurídicos en relación con el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y con el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial»*.

A tal efecto se proponía la citación de 14 comparecientes.

El día 3 de marzo se celebraron las siguientes comparecencias:

— D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

— D. Luis Martí mingarro, Decano del Colegio de Abogados de Madrid.
— D. Ignacio Díez Picazo, Catedrático de Derecho Procesal.
— D. Eugeni Gay Montalvo, Presidente del Consejo General de la Abogacía.
— D. Angel Quemada Ruiz, Vicepresidente y Presidente en funciones del Consejo General de Procuradores.

El día 4 de marzo comparecieron ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados:

— D. Antonio Dorado Picón, Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.
— D. Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III, de Madrid.
— D. Nicolás Díaz, en representación de la Asociación Francisco de Vitoria.
— D. José María Fernández Seijo, en representación de la Asociación Jueces para la Democracia.
— D. Pablo Ureña Gutierrez, en representación de la Asociación Profesional de la Magistratura.
— D. Fernando Fernández Martín, Magistrado Juez Decano de los Juzgados de Madrid.
— D. Ramón Gorbs i Turbany, Jefe del Servicio Jurídico de la Cámara de Comercio de Barcelona.
— D. Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Decano del Colegio de Abogados de Barcelona. Y finalmente,
— D. Enrique Cilla, en representación de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales.

Resulta extremadamente difícil, en el espacio limitado que constituye una ponencia de estas características, resumir las posiciones de los intervinientes.

Ciertamente las posiciones más explícitamente críticas las asumieron los representantes de la Abogacía —muy especialmente el Decano del Colegio de Barcelona— y de la Asociación Jueces para la Democracia.

Los juicios más positivos sobre el proyecto de Ley fueron expresados por el Catedrático Ignacio Díez Picazo, por el Vicepresidente del Consejo General de Procuradores, el representante de la Asociación Profesional de la Magistratura y por el Jefe del Servicio Jurídico de la Cámara de Comercio de Barcelona.

6. Ponencia

En los distintos debates en Ponencia, Comisión y Pleno intervinieron cerca de una veintena de diputados de los diferentes grupos parlamentarios.

Ponentes:

— Por el Grupo Parlamentario Popular: Andrés Ollero, Juan Morano, Leocadio Bueso, Antonio Cárceles, Antonio Pillado y Manuel Seco.
— Por el Grupo Parlamentario Socialista: Alvaro Cuesta y Julio Villarrubia.
— Por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida: Pablo Castellano.
— Por el Grupo Parlamentario Catalán: Manuel J. Silva y Jordi Janè.
— Por el Grupo Parlamentario Vasco: Margarita Uría.
— Por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria: Luis Mardones.
— Por el Grupo Parlamentario Mixto: Diego López Garrido, Cristina Almeida y Ricardo Peralta.

Se celebraron 12 reuniones de la Ponencia, a lo largo de 3 meses. La primera sesión tuvo lugar el 28 de abril y la última el 21 de julio. Antes y durante la tramitación en Ponencia el Ministerio de Justicia desarrollaba reuniones bilaterales de negociación con los diferentes grupos parlamentarios cuyo resultado se trasladaba y aprobada en la Ponencia.

Como anexo a este trabajo se incorporan unos gráficos elaborados por los servicios de la Cámara, expresivos del grado de incorporación de enmiendas en este trámite. En total se incorporaron en Ponencia 697 enmiendas, ya fuera sin modificaciones o a través de las transacciones oportunas.

VI. Innovaciones

Entre las modificaciones del texto del proyecto introducidas en el trámite de ponencia podemos destacar las siguientes:

a) Reducción de los procedimientos declarativos ordinarios. Se elimina el juicio verbal con demanda y contestación escrita. Los procedimientos se reducen a dos: el juicio ordinario y el juicio verbal, correspondiendo a cada uno de ellos distintas materias y cuantías. Los asuntos que superen las 500.000 pesetas se atribuyen al juicio ordinario, los que no excedan dicha cuantía.

b) Supresión de la «nota para la vista». Se suprime la posibilidad prevista a las partes en el artículo 187 del Proyecto, entre otros, de presentar nota en el acto de la vista o en el inmediato día posterior.

c) Se refuerza el carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador. Se rebaja la cantidad que determina su intervención de 300.000 a 150.000 pesetas, incorporando la previsión expresa de que sea preceptiva la intervención de abogado y procurador en las ejecuciones derivadas de procesos monitorios cuando la cuantía de la reclamación exceda de 150.000 pesetas. Así mismo se denomina a la «minuta» honorarios de los abogados, dando relevancia al presupuesto previamente aceptado por el cliente a los efectos de imposibilidad de reclamación posterior de los honorarios por excesivos.

d) Se amplía el horario hábil para realizar actos de comunicación y ejecución. Para los actos de comunicación y ejecución también se considerarán horas hábiles (además de las que median entre las ocho de la mañana y las ocho de la tarde) las que transcurren desde las ocho hasta las diez de la noche.

e) Se introducen diversas modificaciones en los procedimientos en que intervengan consumidores y usuarios. Así, no se admite la sumisión expresa contenida en contratos que se celebren con consumidores o usuarios. Se incorpora una nueva diligencia preliminar referida a los procesos de intereses colectivos de aquéllos. Se mejora el tratamiento en ejecución de las sentencias de condena dictadas en procesos de protección de consumidores y usuarios en aquellos casos en que la sentencia no incluye una determinación individual de los beneficiados.

f) Ejecución provisional. Se permite la ejecución provisional a instancia de la parte que haya obtenido algún pronunciamiento a su favor en la sentencia, tanto se trata del apelante como del apelado. De esta forma se asegura la ejecución inmediata de los procedimientos no impugnados.

g) Límite a la embargabilidad. Se corrige la cuantía mínima inembargable en el caso de sueldos y pensiones, y se precisa su alcance cuando se trata de procesos de ejecución para el pago de alimentos.

h) Se eleva la «summa gravaminis» que permite el acceso al recurso de casación, equiparándola a la establecida en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es de 25 millones de pesetas.

i) Se suple la omisión del régimen especial de oposición en la ejecución basada en el auto ejecutivo previsto en la Ley de Responsabilidad Civil derivada de la circulación de vehículos a motor.

7. Avocación por el Pleno del Congreso a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista el 13 de mayo de 1999

8. Debate en Comisión

No siendo hábil el mes de julio, el Gobierno hizo uso de la facultad que le atribuye el artículo 61.2 del Reglamento del Congreso de pedir la celebración de sesiones extraordinarias de Pleno o Comisión, y solicitó la habilitación de dicho mes a efectos de la Comisión de Justicia e Interior y para el debate y votación de los proyectos de Ley de Enjuiciamiento Civil y de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El debate en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso tuvo lugar los días 27 y 28 de julio de 1999.

9. Aprobación inicial por el Congreso

La sesión se celebró el jueves 23 de septiembre de 1999. El único punto del orden del día estaba dedicado al dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Ley de Reforma de la Orgánica del Poder Judicial, no pudo superar la votación de conjunto exigida para las leyes orgánicas. Fue devuelta a la Comisión de Justicia donde decayó.

10. Remisión del texto por el Congreso de los Diputados al Senado

El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado, una vez efectuadas las correcciones técnicas oportunas constaba de 827 artículos, 4 disposiciones adicionales, 7 transitorias, 1 derogatoria y 19 finales.

Tuvo su entrada en el Senado el 5 de octubre, fecha en la que asimismo fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

11. Enmiendas

El plazo de enmiendas finalizó el 23 de octubre. Se presentó una enmienda de veto por el Grupo Parlamentario Socialista y 407 enmiendas al articulado. La distribución de las enmiendas es la siguiente: una, de los senadores Román Clemente y Cámara Fernández; 7, del senador

Ríos Pérez; 29, del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos; 99, del Grupo Parlamentario Catalán; 179, del Grupo Parlamentario Socialista, y 92, del Grupo Parlamentario Popular.

Las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular consistían, fundamentalmente, en correcciones de índole técnico. No obstante, existían otras de calado político-legislativo indudable. Podemos así destacar la adición de una Disposición Final Decimosexta Bis sobre «Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios». Cuya finalidad última era salvar una posible inconstitucionalidad de la Ley por vulneración de la reserva de ley orgánica, así como su plena entrada en vigor (sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en la citada disposición).

Puede señalarse, también, la enmienda de Grupo Parlamentario Catalán para los supuestos de ejecución hipotecaria de vivienda familiar.

12. Ponencia

La Ponencia estuvo integrada por los senadores Hilario Caballero, Salvador Capdevila, José Antonio Marín, Alfredo Prada y Rosa Vindel. Celebró tres sesiones los días 15, 16 y 23 de noviembre.

13. Debate en Comisión

La Comisión de Justicia del Senado emitió su informe el 23 de noviembre de 1999. En su intervención en el Pleno del Senado, el relator designado por la Comisión de Justicia, el senador Moya Sanabria describe los trabajos de la Ponencia y la Comisión: «La Ponencia, en su informe, aceptó todas las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular y también algunas provenientes de otros enmendantes, algunas de ellas parcialmente. La Ponencia introdujo asimismo de manera directa varias modificaciones, algunas de las cuales tenían carácter transaccional, así como numerosas correcciones de tipo técnico y de estilo. La Ponencia se volvió a reunir el pasado día 23 de noviembre inmediatamente antes del comienzo del debate en Comisión de este proyecto de ley e introdujo una serie de modificaciones en el texto que acompañaba al informe y que consta en el correspondiente «Diario de Sesiones». La Comisión de Justicia, que se reunió seguidamente, tras rechazar la propuesta de veto del Grupo Parlamentario Socialista, aprobó el texto de la Ponencia, quedando así dictaminado el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

14. Debate en el Pleno. Enmiendas aprobadas por el Senado

El Pleno del Senado debatió y aprobó el dictamen de la Comisión los días 1 y 2 de diciembre.

Entre las modificaciones introducidas en el Proyecto de Ley por el Senado podemos destacarlas siguientes.

— Se solucionó la posible confusión que podía producirse, por la redacción del texto proveniente del Congreso, entre las funciones que corresponde desarrollar al abogado y al procurador, especificándose que en los casos en que es preceptiva la intervención de ambos profesionales, se puede acudir sin ellos, con los dos o con sólo uno de ellos. Pero sin permitir el otorgamiento de poder al abogado o la dirección letrada por procurador.

— Se reforzó la oralidad que debe presidir las declaraciones de las partes y los testigos en la práctica de la prueba, añadiendo la palabra «oralmente» a la formulación de las preguntas.

— Se permitió que se presenten preguntas escritas para los casos de interrogatorio sin presencia de las partes.

— Se permitió, para las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar que se vean afectadas por un vencimiento anticipado, que se pueda liberar el bien por una sola vez consignando la cantidad que estrictamente se haya dejado de pagar.

— Se adaptó a la doctrina constitucional el procedimiento en materia de internamientos por transtornos psíquicos.

— Se recuperó la situación que tenían, tras la reciente aprobación de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, las comunidades de vecinos para reclamar a los copropietarios morosos, modificando la redacción del artículo 21 de la citada ley y algunos preceptos del Proyecto.

— Se intentó solucionar las disfunciones que en el texto había producido la no aprobación del Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que acompañaba originariamente al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, con la incorporación de dos nuevas disposiciones finales, una en materia de recursos y otra referente a la nulidad de actos procesales.

15. Debate en la Junta de Portavoces. Necesidad de Orgánica/Inconstitucionalidad

El 13 de diciembre, los Grupos Parlamentarios Socialista y Mixto, a instancia de los Diputados de Nueva Izquierda presentaron un escri-

to dirigido a la Mesa del Congreso de los Diputados en el que exponían que, a su juicio, la enmienda introducida por el Senado como Disposición Final Decimosexta bis constituía una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial — en tanto que atribuía al Tribunal Supremo, siquiera sea provisionalmente, el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal— debiendo, por tanto, revestir carácter orgánico. Por ello, solicitaron que la Mesa del Congreso, oída la Junta de Portavoces, acordase:

«1) Previamente a la admisión a trámite de la enmienda, requiera del Senado, como proponente de la misma, informe razonado sobre el alcance y carácter orgánico de la enmienda al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil...

2) Que por el órgano competente del Congreso-Ponencia o Comisión de Justicia, se eleve a la Mesa informe razonado sobre el alcance y carácter orgánico de la referida enmienda.

3) La calificación, a la vista de las conclusiones de dichos Informes, de la Disposición Transitoria que propone dicha enmienda como materia reservada a la ley orgánica y, en consecuencia, a la realización de una votación final sobre dichas Disposiciones, para cuya aprobación se exigiría de la Cámara.

4) La alteración del orden del día de la sesión plenaria, en orden a posponer el debate y votación de las enmiendas del senado al referido Proyecto de Ley hasta la adopción definitiva de un acuerdo sobre el carácter orgánico de dicha Disposición Transitoria».

La Mesa del Congreso entendió que era incompetente para modificar el orden del día del Pleno, lo que incumbía a la Junta de Portavoces. En la Junta de Portavoces el Grupo Parlamentario Popular aportó una nota técnica —de fecha 14 de diciembre— la que se exponía que la Disposición controvertida tiene encaje «en el vigente articulado 56.1° de la LOPJ, que atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el conocimiento de «otros (recursos) extraordinarios en materia civil que establezca la Ley». El examen de la regulación de este recurso extraordinario por infracción procesal parece indicar que se encuentra cubierto por esta cláusula general por lo que, en consecuencia, para atribuir su conocimiento al Tribunal Supremo no es preciso reformar la LOPJ ni que la norma en la que se haga dicha atribución tenga el carácter de ley orgánica».

La Junta de Portavoces acordó por mayoría la inclusión del debate y votación de las enmiendas del Senado en la sesión del día 16 de diciembre.

16. Aprobación definitiva por el Congreso

El 16 de diciembre de 1999 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, con diferentes mayorías, todas las enmiendas del Senado.

La tan comentada enmienda de adición de una Disposición Final Decimosexta bis recibió 163 votos a favor (Grupo Popular; Grupo Federal de Izquierda Unida y Grupo Vasco), 154 votos en contra (Grupo Socialista; Grupo Catalán y Grupo Mixto) y 2 abstenciones (Grupo Coalición Canaria.) Todos los grupos, salvo el catalán de Convergència i Unió, registraron ausencias, pudiendo destacar las once ausencias en el Grupo Socialista.

17. Publicación en el Boletín Oficial del Estado

El Boletín Oficial del Estado número 7, de 8 de enero del año 2000 publicaba la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El día 8 de abril se agotaba el plazo para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, sin que tal evento —anunciado en su día por el Grupo Parlamentario Socialista— se haya producido.

EL PROCESO MONITORIO

POR
ALFREDO LÓPEZ FRÍAS

I. PRINCIPIOS GENERALES

A) *Creación fundamental de la nueva LEC*

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE del 8 de enero de 2000), se desprende que la principal finalidad de la misma es el deseo de conseguir una «Justicia Civil nueva» cuya característica sea la *efectividad* que se traduzca en un acortamiento del tiempo necesario del proceso judicial.

Para ello, la Ley acomete una larga serie de reformas que el tiempo dirá si producen o no el efecto pretendido.

Pues bien, la reforma por antonomasia que introduce y que más ha dado que hablar durante el proceso de gestación de la Ley es la creación en el procedimiento judicial civil español del llamado «proceso monitorio», vigente ya en otros Ordenamientos Jurídicos próximos al nuestro.

Su regulación se encuentra contenida en los artículos 812 a 818 que integran el capítulo primero del Título Tercero («De los procesos monitorio y cambiario») dentro del Libro Cuarto de los Procesos Especiales.

B) *Justificación*

Acabamos de decir que la Ley persigue la finalidad de la efectividad. Evidentemente, no es de recibo que las contiendas que se susciten ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria requieran para su resolución más tiempo del prudentemente necesario, pues ello atenta al prestigio de la Justicia como Institución básica del Estado y a los principios constitucionales-derechos fundamentales consagrados en

el artículo 24, 1 y 2 de la Constitución Española, esto es a la obtención de tutela efectiva de los jueces y tribunales y a que el proceso correspondiente se desarrolle sin dilaciones indebidas.

Estos postulados que son aplicables a toda clase de procesos jurisdiccionales tienen una especial incidencia en aquellos casos en que la pretensión que se ejercita ante la Jurisdicción está desprovista, en principio, de complejidad o dificultad.

Este es el supuesto de las reclamaciones de cantidad de pequeña cuantía, respaldadas por algún soporte documental que constituyen un altísimo porcentaje del trabajo de los Juzgados Civiles de nuestro país.

Se ha pretendido con el proceso monitorio agilizar la tramitación de estos procesos tanto en beneficio del titular del crédito como del mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, pues al eliminarse trámites y requisitos, el Juzgador podrá dedicar más su atención a la resolución de otros asuntos complejos o de más envergadura.

Ahora bien, como luego tendremos ocasión de tratar, no quiero decir que con el proceso monitorio vayan a terminar los problemas de la Administración de Justicia española. Ojalá fuera así, pero desgraciadamente la experiencia enseña que no se puede ser muy optimista en esta materia.

C) *Características*

1. Se pretende proteger de forma rápida y eficaz el crédito dinerario vencido, líquido y exigible. Cualquier otro tipo de pretensión no tiene cabida en este proceso especial, debiendo tramitarse por el declarativo que corresponda (ordinario o verbal).

2. Se fija un límite cuantitativo de cinco millones de pesetas que la Ley considera prudente. De acuerdo con la Disposición Adicional Segunda el Gobierno, mediante Real Decreto podrá actualizar cada cinco años dicha cuantía, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y dictamen del Consejo de Estado. Igualmente y previos los citados informes, el Gobierno al menos seis meses de antelación a la plena implantación del Euro convertirá a dicha moneda la citada cuantía, eliminando las fracciones de euro.

3. La deuda tiene que estar acreditada documentalmente. Si no existe documentación, tampoco es admisible este procedimiento. Ahora bien, la especialidad radica en la amplitud de documentos que sirven para plantear este proceso, teniendo los mismos fuerza ejecutiva cuando no exista oposición del deudor-demandado.

La Ley se refiere a cualquier clase de documento, con independencia de su forma, clase o soporte físico en que se encuentre, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

Incluso se admiten documentos creados unilateralmente por el acreedor como facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros que sean de los que habitualmente documentan créditos y deudas.

Especialmente se aplica este proceso a las reclamaciones por impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos para las que bastará la correspondiente certificación expedida por el administrador con el visto bueno del presidente.

4. No se requiere la intervención de Abogado ni Procurador para iniciar el proceso monitorio pudiendo, pues, actuar por sí mismo el acreedor.

La intervención de estos profesionales sólo es preceptiva en el caso de que el deudor formule oposición y la cuantía de la reclamación exceda de 150.000 ptas.

Por excepción, aunque no haya habido oposición, se requiere la intervención de Abogado y Procurador, en la fase de ejecución, siempre que la cantidad por la que se despache la misma sea superior a 150.000 ptas. (art.539.1).

5. El escrito inicial del procedimiento no recibe el nombre de demanda sino de **petición** la cual podrá extenderse incluso en impresos o formularios.

Como antes se ha dicho, los citados documentos se convierten en títulos ejecutivos si una vez requerido el deudor por el Juzgado para el pago de la deuda, dicho deudor no compareciere.

Si compareciere y se opusiere, el procedimiento se transforma en el declarativo correspondiente, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada.

II. Tramitación

A) *Competencia*

La ostenta con carácter exclusivo el Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimien-

to de pago por el tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda por gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos, en cuyo caso será también competente el Juez del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante.

Se declaran expresamente inaplicables al proceso monitorio las normas sobre sumisión expresa o tácita previstas en la Ley.

B) *Iniciación*

Como ya sabemos, este proceso no se inicia por demanda, sino por una simple **petición** del acreedor que podrá extenderse en un impreso o formulario en la que se expresarán la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos a los que anteriormente hacíamos referencia.

C) *Sustanciación del procedimiento*

Presentada la petición y comprobado por el Juez que se acompaña de alguno de los documentos señalados, se requerirá mediante providencia al deudor para que, en el plazo de 20 días pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal o comparezca ante éste y alega sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

En el requerimiento se apercibirá al deudor de que si no paga ni comparece alegando razones de la negativa al pago, se despachará, contra él la ejecución.

D) *Posición del deudor*

1. Incomparecencia. Si el deudor requerido no comparece ante el tribunal, éste dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada.

Despachada ejecución, proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere.

Desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés de la mora procesal, ésto es, el legal del dinero incrementado en dos puntos, con carácter general.

2. Pago del deudor. Si el deudor atendiere el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones.

3. Oposición del deudor. Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda, teniendo la sentencia que dicte fuerza de cosa juzgada.

El escrito de oposición deberá ir firmado por Abogado y Procurador siempre que la cuantía del procedimiento exceda de 150.000 ptas.

En cuanto al tipo de procedimiento declarativo que debe aplicarse en el caso de oposición del deudor, señala la Ley que cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal (500.000 ptas.), el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista. Cuando el importe de la reclamación exceda de dicha cantidad, el peticionario deberá interponer la demanda de juicio ordinario dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición. Si no lo hiciere así se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor. Si presentara la demanda, se dará traslado de ella al demandado continuando el procedimiento de acuerdo con las reglas generales.

III. Valoración

Al llegar el momento de enjuiciar este nuevo procedimiento judicial hay que reconocer, y en esto nadie puede discrepar, que el legislador ha empleado una enorme dosis de audacia.

Por ello es justo apreciar el esfuerzo desplegado en aras a la finalidad de lograr una agilización y efectividad de la Administración de Justicia.

Dicho ésto hay que hacer referencia a los riesgos o problemas que la implantación de este novedoso procedimiento puede llevar consigo.

En primer lugar, la cuestión estrella de este proceso y casi de toda la ley: la no necesidad de la intervención de Abogado y Procurador para plantear la reclamación judicial por esta vía especial.

De entrada, ésto supone una revolución en el mundo jurídico español en el que, salvo para casos muy aislados, toda pretensión que cualquier persona hiciera valer ante los Tribunales de Justicia debía estar avalada con la firma de un Letrado.

A mi modo de ver, no ha faltado razón a los Colegios de Abogados cuando se han opuesto tan frontalmente a esta reforma ya que, con independencia de los argumentos lógicos de la defensa corporativa, puede dar lugar a situaciones de desigualdades entre las partes desde el punto de vista de la asistencia jurídica.

Se ha dicho que esta reforma beneficia a las grandes empresas que cuentan con un equipo de Abogados que serán los encargados de preparar las solicitudes, frente a particulares que pueden caer en la tentación de no requerir los servicios de un profesional del Derecho al no ser su intervención necesaria.

De todas formas, lo normal es que aunque formalmente la solicitud no requiere la firma de Abogado ni Procurador, nadie que carezca de formación jurídica va a atreverse a presentar su petición en el Juzgado sin el previo asesoramiento técnico, lo que puede producir el efecto de la intervención de otros profesionales ajenos a la Abogacía.

En todo caso, esta polémica, con ser importante, no constituye el único punto discutible de la nueva regulación procesal. Recordemos que el Abogado y el Procurador son necesarios en la fase de ejecución y en el caso de que el deudor formule oposición, siempre que en ambos supuestos, la cuantía del litigio sea superior a 150.000 ptas.

Más transcendencia tiene, a mi juicio, el posible defectuoso funcionamiento del sistema de la notificación de la providencia por la que se requiere al deudor de pago que puede colocar a éste en una situación de indefensión.

La Ley señala que la providencia se notificará de acuerdo con las normas generales de comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula previstas en el artículo 161.

Pues bien, este artículo, que se remite al 156 y 164, establece un sistema que desemboca en el publicación de edictos para el caso de que fracasaran los sucesivos medios de comunicación previstos.

Teniendo en cuenta que ante la falta de pago o de oposición, el Juez despachará ejecución contra el deudor, y que el documento en que consta la deuda puede haberse creado unilateralmente por el acreedor, no es difícil imaginar las situaciones de auténtica indefensión que pueden producirse en perjuicio de personas físicas o jurídicas que, con desconocimiento absoluto del procedimiento seguido en su contra, se vean de pronto inmersas en un proceso de ejecución.

De aquí la imperiosa necesidad de que los Juzgados extremen la diligencia para que no se produzcan errores en la notificación de la providencia de requerimiento de pago pues de lo contrario, a partir de la entrada en vigor de la Ley, van a multiplicarse los recursos de amparo.

Como consecuencia de estas consideraciones, no me atrevo a formular una opinión clara, positiva o negativa, del nuevo procedimiento judicial.

En su favor puede invocarse el poder servir de instrumento para lograr una Justicia Civil más ágil y rápida así como su implantación en otros Ordenamientos Jurídicos próximos al nuestro en los que parece que está funcionando satisfactoriamente, según reconocimiento implícito de la Exposición de Motivos de la Ley.

En su contra, están los problemas señalados de postulación procesal en la fase de iniciación, el quizás excesivo límite máximo de cuantía que se establece y sobre todo el de la posible indefensión como consecuencia de notificaciones defectuosas sin mala fé del presunto deudor.

En todo caso, y a salvo de una reforma de la Ley con anterioridad a su entrada en vigor, cosa no probable, no hay más remedio que esperar a su aplicación práctica por los Juzgados españoles para comprobar si este novísimo instrumento procesal sirve a los fines para los que ha sido instaurado sin detrimento alguno del principio constitucional de prohibición de la indefensión.

Por supuesto que todo ello dependerá, en buena medida, del fortalecimiento de los medios personales y materiales de nuestra Administración de Justicia previstos en la propia Ley 1/2000.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

POR

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO

Abogado del Estado

I. INTRODUCCIÓN

En el enjuiciamiento civil, al igual que en otros órdenes jurisdiccionales, coexisten procesos ordinarios y procesos especiales. Los primeros son aquellos a través de los cuales se sustancian toda clase de pretensiones susceptibles de ser enjuiciadas por los juzgados y tribunales del correspondiente orden jurisdiccional, mientras que los procesos especiales son los que presentan reglas particulares para determinados tipos de pretensiones, por razón de las especialidades de éstas, a fin de que en ellas la tutela judicial sea adecuada y efectiva. No son, sin embargo, procesos especiales los procedimientos establecidos con carácter general para toda clase de pretensiones y diferenciados entre sí por meras razones de cuantía o incluso de la materia, siempre y cuando la incardinación de la pretensión en una cierta materia no suponga la aplicación de un procedimiento específico sino uno de los comunes, que se siguen para el conocimiento de otras acciones.

Así, DE LA OLIVA[1] considera que «son procesos especiales de declaración, en sentido amplio, todos aquellos procesos declarativos que, en lugar de servir de cauce para una generalidad de acciones o pretensiones, se prevén legalmente, con singularidades diversas, para el tratamiento jurisdiccional de ciertas materias», concepto amplio que incluye tanto el seguimiento del modelo de un proceso declarativo ordinario pero con algunas variaciones procedimentales o de otro tipo (como la capacidad, la legitimación o la postulación) que se juzgan necesarias o convenientes en razón del especial objeto del proce-

[1] De la Oliva, Andrés: «Lecciones de Derecho procesal», vol. V, Ed. PPU, Barcelona, 1997, págs. 15 y ss.

so (lo que el citado autor denomina especialidades de los procesos ordinarios, también llamadas —como hace la vigente Ley de Procedimiento Laboral— modalidades procesales) hasta el diseño de un entero procedimiento distinto (los procesos especiales en sentido estricto).

Por tanto, en principio, tanto el juicio ordinario como el juicio verbal que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC), en sus arts. 248 y ss., son procedimientos ordinarios, a pesar de la denominación, impropia, del primero. Y a través del cauce establecido para cada uno de ellos se sustanciarán las demandas a que se refieren los arts. 249 y 250 LEC, con ciertos criterios materiales y cuantitativos.

Además, dentro de los procesos declarativos especiales cabe distinguir entre los sumarios, que en sentido técnico-jurídico no quiere decir que deban ser necesariamente rápidos, aunque lo suelan ser, sino que se produce una limitación del conocimiento del tribunal, por la limitación de las alegaciones de las partes e incluso los medios de prueba, con la consiguiente falta de cosa juzgada material (por lo que no se excluye un posterior proceso ordinario sobre la misma cuestión, el cual cabe instar también directamente), y los plenarios rápidos, en los que existe plenitud de medios de ataque y defensa (son plenarios) pero se persigue, con la regulación especial, una mayor agilidad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que los procedimientos especiales pueden presentarse tanto en el proceso declarativo, a través del cual se persigue que el juzgado o tribunal diga el Derecho en el caso concreto, a través de una declaración sobre la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, la condena al demandado de efectuar una prestación o la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, y el de ejecución, que persigue la transformación material de la realidad. La LEC regula por un lado los procesos declarativos (libro segundo), por otro lado la ejecución (libro tercero) y por otro distinto los procesos especiales (libro cuarto), que son fundamentalmente declarativos, sistemática que no parece muy acertada.

En realidad, ni el juicio ordinario es el único proceso ordinario, ni el libro de los procesos declarativos contempla todos los encuadrables en esa categoría, ni, lo que es peor, el libro relativo a los procesos especiales contempla todos los que podría conceptuarse como tales.

En efecto, aunque según el preámbulo de la LEC, ésta sólo establece los procesos especiales imprescindibles y se identifican como

tales únicamente los contenidos en su libro IV, esto es, los relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores, los de división judicial de patrimonios y, por último, los juicios monitorio y cambiario, lo cierto es que en otros libros de la propia Ley se encuentran auténticos procesos especiales o, al menos, algunas modalidades procesales por razón de la clase de acción ejercitada, más o menos «perdidas» entre la regulación general.

Así, dentro del juicio verbal, se regulan diversas modalidades procesales en relación con la admisión de la demanda (art. 439), actuaciones previas a la vista (art. 441), el contenido de la vista (art. 444), y la ausencia de cosa juzgada en casos especiales (art. 447), de modo que, sin identificarse como tales, se está contemplado una regulación especial de los interdictos o del juicio de desahucio. Por otra parte, el antes llamado juicio ejecutivo viene confundido dentro de la regulación de la ejecución forzosa, que se produce también en virtud de títulos ejecutivos extrajudiciales (arts. 517 y ss.), con importantes especialidades en tales casos.

El preámbulo de la Ley, en relación con las medidas cautelares adoptadas en ciertos procesos especiales, considera más oportuna su inclusión dentro de éstos, «en vez de llevarlas, conforme a criterios sistemáticos tal vez teóricamente más perfectos a la regulación general». Pues precisamente esos criterios, cuya perfección es más que discutible, son los adoptados por el legislador respecto de las modalidades procesales indicadas, con el inconveniente de la más difícil identificación de las especialidades existentes por razón de la materia, no agrupadas en un proceso especial o una modalidad procesal (denominación, como hemos dicho, empleada por la Ley de Procedimiento Laboral en lugar de la de proceso especial y más correcta para meras reglas especiales que se limitan a insertarse dentro de un proceso ordinario), sino de forma dispersa en la regulación general. Así, para conocer la regulación del desahucio o los interdictos hay que consultar preceptos dispersos y no claramente identificados.

Además, aunque en cierta medida es verdad, y plausible, el esfuerzo de la Ley, según su preámbulo, en traer a la ley procesal común ciertas particularidades procesales, «terminando con una situación deplorable» de «disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas», la nueva LEC mantiene, aunque sea modificando y reduciendo, diversas regulaciones procesales contenidas en otras leyes, como la de propiedad horizontal (disposición final primera) o la hipotecaria (disposición final décima), si bien es cierto que en general

se da nueva redacción a las leyes sectoriales para remitirse a la nueva Ley de Enjuiciamiento.

GIMENO SENDRA[2] pone de manifiesto que el modelo de justicia civil europea contemporánea, al que se acerca, pero con reticencias, la nueva LEC, ha otado a los procesos ordinarios «de rapidez y eficacia hasta el punto de hacer innecesarios la mayoría de los procesos especiales».

Como señalaba MONTERO AROCA[3], «el atraso del sistema procesal plasmado en la LEC [de 1881], su incapacidad para hacer frente con eficacia a los problemas que el cambio social ha sido generando, el descontento frente al proceso tipo, han originado un fenómeno fácilmente constatable en nuestro ordenamiento jurídico y denunciado con reiteración: la proliferación de tipos procesales», que, sin embargo, han sido de hecho complicados y no han logrado su fin.

Pues bien, la nueva Ley supone, desde luego, un cambio favorable, en cuanto reduce el número de procesos especiales y reduce, asimismo, las especialidades contenidas en otras leyes. Pero si bien ese propósito es laudable y, en cierta medida, se ha conseguido, es criticable que se pretenda una apariencia de haber llegado mucho más lejos de lo que se ha llegado, escondiendo procesos especiales dentro de la regulación general.

Finalmente, hay que tener en cuenta que subsisten los procedimientos de jurisdicción voluntaria y los concursales, previéndose la promulgación de sendas leyes. Ya sabemos por la experiencia, en especial en materia concursal, que tal previsión puede quedarse en letra muerta y, por tanto, que la Ley de Enjuiciamiento Civil alcance el tercer siglo de vigencia. Con todo, no parece desacertada su regulación separada (sino la previsible tardanza en ello).

Los actos de jurisdicción voluntaria son, según el art. 1811 LEC, vigente en este punto, «todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Lo esencial es, pues, que no exista cuestión entre partes, porque tan pronto como aparezca se tratará de un ato de jurisdicción contenciosa. Por ello y pese a su denominación, la jurisdicción voluntaria no es una verdadera jurisdicción, pues ésta es la función del Estado por la que éste

[2] Gimeno Sendra, Vicente: «Observaciones al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho procesal europeo», *La Ley* n.º 4734, 15 de febrero de 1999, pág. 2.

[3] Montero Aroca, Juan: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario», Ed. Civitas, págs. 59 y ss.

aplica o realiza el Derecho en un caso concreto para resolver el conflicto planteado a través del proceso. No hay, pues, proceso sino sólo procedimiento en los actos de jurisdicción voluntaria, que consiste, en definitiva, en una actividad de administración del Derecho privado que, si se ha encargado a los jueces y tribunales, ha sido por razones históricas y de política jurídica y no porque en ella se ejercite pretensión jurisdiccional.

Con todo, la distinción entre jurisdicción contenciosa, auténtica jurisdicción, y jurisdicción voluntaria no es siempre clara, y, así, cabe advertir que entre los procedimientos regulados en la nueva Ley existen algunos que, con anterioridad, eran incluidos dentro de los actos de jurisdicción voluntaria pero pasan a regularse en la nueva LEC y no por la parte de la anterior relativa a tales actos que, como hemos dicho, sigue vigente.

Por otra parte, el tratamiento singular de los procesos concursales, destinados a satisfacer a la generalidad de los acreedores de un sujeto incurso en una crisis patrimonial especialmente grave, se justifica en su carácter multidisciplinar, como conjunto de normas no sólo procesales, sino también civiles y mercantiles[4]. Lamentablemente, sin embargo, tal vez se hará esperar más de lo razonable, pues desde hace años se trabaja en una futura ley concursal y no parece cercano el día en que se apruebe ya el proyecto de ley.

II. Procesos especiales de capacidad, filiación, matrimonio y menores

Dentro de lo que constituye el libro IV, de los procesos especiales, se regulan, en primer lugar, los de capacidad, filiación, matrimonio y menores. Daremos una mera idea general de estos procedimientos, deteniéndonos sólo de modo especial en el relativo a menores la regulación de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores, en la medida en que aquí nos interesan especialmente los procesos en que la Administración Pública sea parte, lo que no ocurrirá de modo directo en los de capacidad, filiación y matrimonio (aunque el abogado de la Administración sí puede intervenir en representación del menor o incapacitado sometido a la tutela de aquélla o en concepto defensor judicial).

[4] Cfr.: De la Oliva, ob. cit., págs. 169 y ss.

Son diversos los procesos que se regulan dentro de este grupo. Así, se incluyen los procedimientos 1) que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad, 2) los de filiación, paternidad y maternidad, 3) los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos, 4) los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, 5) los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial —que antes seguían un trámite de *exequatur*, propio del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras—, 6) los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, 7) los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 748 LEC).

El Ministerio Fiscal deberá intervenir generalmente en estos procesos, aunque no defienda a ninguna de las partes, y especialmente cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal. Y fuera de los casos en que el fiscal asuma su defensa, las partes actuarán con asistencia de Abogado y representadas por procurador (arts. 749 y 750). No se contempla expresamente la postulación de las Administraciones Públicas, en las que sus letrados ostentan no sólo la defensa sino también la representación de las mismas, pero esta regla no ha de entenderse excluida y resulta aplicable de acuerdo con el mandato del art. 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, de 27 de noviembre de 1997, cuya vigencia reconoce la disposición derogatoria *in fine*, y las demás normas que disciplinan la asistencia jurídica a las Administraciones Públicas (como el art. 1.1 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid).

En todos estos procesos, al versar sobre capacidad o estado civil de las personas, el objeto del proceso es indisponible, de modo que se excluye la renuncia, el allanamiento ni la transacción y el desistimiento requerirá, por regla general, la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751 LEC). Y por la misma razón la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal (art. 752 LEC).

Además, por las cuestiones delicadas que tratan estos procesos, los tribunales (en sentido amplio se entiende, incluyendo a los juzgados) podrán acordar la exclusión de la publicidad (art. 754 LEC), siendo

ésta una excepción que debe consagrarse legalmente a tenor del art. 120.1 de la Constitución, a cuyo tenor «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento».

Por lo demás, salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos ahora considerados se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de 20 días, en la forma prevista para el juicio ordinario (art. 753 LEC), a diferencia del juicio verbal «ordinario», en el que la contestación es oral y se produce en el acto de la vista.

Con todo, cada procedimiento o grupo de procedimientos regulado en este ámbito presenta reglas especiales, en las cuales no podemos entrar con detenimiento, como ya hemos advertido.

Así, en primer lugar se regulan los procesos en materia de capacidad y prodigalidad, que comprenden la incapacitación, la alteración de esta declaración, la declaración de prodigalidad y el internamiento psiquiátrico no voluntario, que requiere autorización judicial o ratificación, en caso de urgencia (arts. 756-763 LEC). Los procesos relativos a la incapacitación y prodigalidad se tramitaban, hasta el momento, por el juicio de menor cuantía, de conformidad con la disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en la materia, mientras que según la misma disposición las demás actuaciones seguían los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, caso del internamiento psiquiátrico (que regulaba el ahora derogado art. 211 del Código Civil). Este supuesto, además, debe distinguirse de las medidas de privación o restricción de la libertad por razones de salud pública, que deben ser autorizadas o ratificadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo, de conformidad con la nueva redacción conferida a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la nueva LEC (d.a. 15.ª). Y es que mientras las cuestiones de capacidad corresponden al orden civil, la fiscalización de las medidas adoptadas por razones de la tutela del interés general debe corresponder a lo contencioso-administrativo.

Por otra parte, se regulan los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación (arts. 764-768), que antes se decidían por el juicio de menor cuantía (art. 484.2.ª LEC anterior) y los de nulidad matrimonial, separación y divorcio y otros procedimientos de familia,

como la guarda y custodia de hijos menores o la reclamación de alimentos en nombre del hijo (arts. 769-778), antes reguladas por las disposiciones adicionales de la llamada Ley del Divorcio, la Ley de 7 de julio de 1981, de modificación del Código Civil en la materia. Asimismo se regula el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 781 LEC).

Especial interés para nosotros merece la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En relación con los menores, la Administración competente, generalmente la autonómica, asume la tutela de los desamparados por ministerio de la ley (art. 239 del Código Civil) y tiene conferidas otras funciones protectoras, reconocidas por las leyes, como la Ley de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid, de 28 de marzo de 1995, que contempla, como competente en la materia, el organismo autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, y, dentro de él, la Comisión de Tutela del Menor (arts. 77-80).

Pues bien, en estos casos, será competente el juez de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora (art. 779 LEC), no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa que con carácter general establece el art. 120 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1994, para formular demandas contra la Administración en vía civil o social, y el procedimiento comenzará con un escrito inicial en el que sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone, tras lo cual el tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de 20 días y recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por 20 días para que presente la demanda, que se tramitará por el cauce del juicio verbal pero con contestación escrita (art. 780 LEC). En cierto modo, se copia la estructura del proceso administrativo, que no se suele iniciar mediante demanda sino mediante un escrito de interposición, tras el cual se reclama el expediente y sólo una vez recibido éste se formula la demanda (Cfr. arts. 45 y ss.). De hecho esta materia, oposición a resoluciones de la Administración en materia de menores, puede considerarse civil (aplicándose normas del Código Civil, como las relativas a los menores o a la tutela), pero también está presente un carácter público no sólo por la naturaleza misma de la Administración, sino también por cuanto ésta ejerce potestades propias de la misma, atribuidas incluso por ministerio de la ley (aunque, en realidad, todo

el Derecho de familia —no sólo cuando el tutor es una entidad pública— tiene una cierta afinidad con el Derecho público, por la común tutela de intereses públicos [5]).

III. División judicial de patrimonios

En la anterior LEC, se regulaban tres procedimientos hereditarios, denominados de *abintestato*, de testamentaría y de adjudicación de bienes a herederos innominados. Estos procedimientos se regulaban dentro del libro relativo a la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, como pone de manifiesto DE LA OLIVA [6], «la naturaleza verdaderamente contenciosa de estos procedimientos es discutida —y afirmado correlativamente su carácter de procedimientos de jurisdicción voluntaria— sobre la base de la ausencia de contradicción que, en general, puede darse y que existe hasta determinados momentos procedimentales, así como por la necesidad legal de que determinadas controversias que surjan hayan de llevarse a procesos ordinarios separados de éstos», tesis que se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la legislación comparada, si bien el citado autor considera que no todos los procedimientos merecen la misma calificación y algunos son claramente contenciosos, al tiempo que niega también que el objeto del proceso sea en todo caso la acción constitutiva de división (*actio familiae ercinscundae*), como sostiene PRIETO CASTRO. Lo mismo puede decirse de la regulación actual.

La nueva LEC dedica sus arts. 782 y ss. a la división judicial de patrimonios, incluyendo la división de la herencia, que podrá pedirse por esta vía salvo que deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, se haya efectuado por acuerdo entre los coherederos o resulte ya de resolución judicial (art. 782.1), reconociendo el derecho de los acreedores a oponerse e intervenir en el procedimiento (art. 782.2-5 LEC). Este procedimiento se compone de los siguientes trámites: Primero se convoca una Junta para designar contador y peritos (arts. 783 y 784 LEC). Después se entrega la documentación al contador y éste practica las operaciones divisorias (arts. 785 y 786 LEC). Luego se prevé la aprobación u oposición a tales opera-

[5] Cfr. págs. Lacruz Berdejo, José Luis: «Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia», 1984, págs. 19-21.
[6] Ob. cit., págs. 150 y 151.

ciones (art. 787 LEC), y, si son aprobadas, van seguidas de la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero (art. 788 LEC).

Asimismo, se prevé el aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto (art. 790 LEC), la intervención judicial de la herencia cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima (art. 791 LEC) y durante la tramitación de la declaración de herederos [7] o de la división judicial de la herencia (art. 792 LEC), la formación del inventario (art. 794 LEC) y la resolución sobre la administración, custodia y conservación del caudal hereditario (arts. 795 LEC y ss.).

Por otra parte, dentro de la división judicial de patrimonios, se regula también el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss. LEC), siendo supletorio el procedimiento de división de la herencia, pues de no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se procederá en la forma prevista para su división (art. 810 LEC).

IV. Juicio monitorio

Discutida era la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo de la LEC anterior, que la misma regulaba confundido con la ejecución de sentencias que se remitía en gran medida a la regulación de aquél.

Para un amplio sector de la doctrina, representado por GUASP [8], se trataba de un proceso declarativo especial y sumario, puesto que en él estaba prevista la contestación del demandado con una limitada *cognitio* y terminaba con una sentencia de remate, considerada el auténtico título ejecutivo. En cambio, otros como MONTERO AROCA [9] y FERNÁNDEZ LÓPEZ [10] entendían que se trataba de un proceso especial de ejecución, ya que ésta se despachaba sin oír al ejecutado (sin tratarse de un mero embargo preventivo), si bien se admitía un eventual incidente declarativo en caso de oposición del ejecutado.

Frente a esta regulación, los mejores tratadistas, como FERNÁNDEZ LÓPEZ [11], proponían la adopción en España de ciertos cauces

[7] La declaración de herederos *abintestato* continuará rigiéndose por la anterior LEC hasta la entrada en vigor de la nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, conforme a la disposición derogatoria única.1.2.ª de la nueva LEC.

[8] Guasp, Jaime: «Derecho procesal civil», I, pág. 143.

[9] «Derecho jurisdiccional», II, 80 ed., pág. 588.

[10] Cfr.: Fernández López, Miguel Ángel: «Lecciones de Derecho Procesal», vol. IV. Ed. PPU, págs. 14 y ss.

[11] Ob. cit., pág. 17, nota 10.

procedimentales seguidos en países de nuestro entorno, de carácter declarativo, que sirven para crear con rapidez un título ejecutivo, que permite el acceso a la ejecución, cauces a través de los cuales se sustancian reclamaciones que hasta ahora lo hacían en España por la vía del juicio ejecutivo. Éste es el llamado proceso monitorio.

El preámbulo de la nueva Ley nos dice que «en cuanto al proceso monitorio, la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños. En síntesis, este procedimiento se inicia mediante solicitud, para la que pueden emplearse impresos o formularios, dirigida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor, sin necesidad de intervención de procurador y abogado. Punto clave de este proceso es que con la solicitud se aporten documentos de los que resulte una base de buena apariencia jurídica de la deuda. La ley establece casos generales y otros concretos o típicos. Es de señalar que la eficacia de los documentos en el proceso monitorio se complementa armónicamente con el reforzamiento de la eficacia de los genuinos títulos ejecutivos extrajudiciales. Si se trata de los documentos que la ley misma considera base de aquella apariencia o si el tribunal así lo entiende, quien aparezca como deudor es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o «dar razones», de suerte que si el deudor no comparece o no se opone, está suficientemente justificado despachar ejecución, como se dispone. En cambio, si se «dan razones», es decir, si el deudor se opone, su discrepancia con el acreedor se sustancia por los cauces procesales del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada. Este juicio es entendido como proceso ordinario y plenario y encaminado, por tanto, a finalizar, en principio, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. Si el deudor no comparece o no se opone, se despacha ejecución según lo dispuesto para las sentencias judiciales. En el seno de esta ejecución forzosa cabe la limitada oposición prevista en su lugar, pero con la particularidad de que se cierra el paso a un proceso ordinario en que se reclame la misma deuda o la devolución de lo que pudiera obtenerse en la ejecución derivada del monitorio. Este cierre de las posibilidades de litigar es conforme y coherente con la doble oportunidad de defensa que al deudor le asiste y resulta necesario para dotar de eficacia al procedimiento monitorio. Conviene advertir, por último, en cuanto al proceso monitorio, que la Ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países, en las que este cauce singular no está limitado

por razón de la cuantía. Pero se ha considerado más prudente, al introducir este instrumento de tutela jurisdiccional en nuestro sistema procesal civil, limitar la cuantía a una cifra razonable, que permite la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas, aunque superiores al límite cuantitativo establecido para el juicio verbal».

El juicio monitorio es también destacado en la información que sobre la nueva Ley presenta el Ministerio de Justicia a través de internet, señalando que «la introducción del proceso monitorio es una de las principales novedades que presenta» y que «permite que pequeñas deudas de dinero que no resulten controvertidas se puedan reclamar y cobrar de una forma ágil, sencilla y eficaz», poniendo como ejemplo Alemania, Francia o Italia, donde este juicio sería un «proceso estrella». Su fundamento se encuentra en evitar juicios innecesarios, habida cuenta de, según datos del libro blanco de la Justicia, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, hasta un 38,6% de los juicios civiles se sustancian sin oposición, siendo la mayor parte reclamaciones de cantidad. Con todo, habría que ver hasta qué punto la falta de oposición se debe, en ocasiones, al defectuoso funcionamiento de las notificaciones y emplazamientos. Y, además, si la falta de oposición permite la inmediata ejecución es probable que tal oposición se produzca con mayor frecuencia.

El proceso monitorio, regulado por los arts. 812 y ss. LEC, se inicia con la presentación de una solicitud, con apoyo documental, que se puede formular rellenando un impreso y sin la intervención de abogado ni de procurador. Aunque ello pueda parecer una facilitación en la tutela judicial, y en otro países se pueda producir de forma semejante (aunque no en Italia, donde sí se exige abogado), no parece aconsejable adentrarse en la justicia sin un profesional experto, máxime en una justicia como la española en la que, a pesar de las reformas legales y el resultado de esta última está por ver, el procedimiento se encuentra abandonada al impulso de las partes y el juez a menudo se halla alejado del mismo, tramitándose por el personal de la oficina judicial (no por falta de leyes ni de méritos personales, sino de medios y exceso de malos hábitos). No falta quien considera, como MARTÍN BERNAL [12], que «una petición tan elemental como la que arbitra el

[12] Martín Bernal, José Manuel: «El juicio monitorio en la nueva Ley de Propiedad Horizontal y en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley* n.º 4775, 15 de abril de 1999, pág. 5.

proceso monitorio no debe requerirse en ningún momento una asistencia técnica, si no se quiere desnaturalizar el proceso», afirmación que nos parece exagerada. Tampoco compartimos la afirmación, en relación con la posibilidad de utilizar impresos de demanda para el proceso monitorio, y el juicio verbal, de que «el éxito esté garantizado por la propia lógica que supone la reproducción de las limitaciones que pueden existir para que los ciudadanos tengan más facilidades para acceder a los tribunales de justicia» [13]. Antes al contrario, las dificultades no vienen de contar con una asistencia técnica para acudir a los tribunales sino en no contar con ella y, sobre todo, con lo que pasa después de haber acudido a los tribunales.

La LEC establece un límite de cinco millones de pesetas (art. 812), a diferencia de otros países europeos (como Alemania, Francia o Italia), e incluso de una propuesta de directiva comunitaria sobre morosidad en las transacciones comerciales de 7 de diciembre de 1998 (art. 5.2), pero parece razonable actuar con prudencia ante un instrumento jurídico nuevo que todavía no se conoce cómo va a funcionar en España, sin perjuicio de plantear dentro de un tiempo, y con la experiencia acumulada, la supresión o elevación de dicho límite.

Para el juicio monitorio es preciso que se trate de una deuda en dinero, de cantidad concreta o líquida y exigible, y acreditar documentalmente la deuda, pero no es preciso un documento público ni siquiera necesariamente un documento firmado por el deudor. La Ley contempla, de forma poco clara, dos órdenes de supuestos, que a su vez son dobles (art. 812, 1 y 2). En primer lugar, se refiere a «documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren (esto es, no sólo en papel, parece que también en soporte informático), que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta [reproducción en relieve según la RAE] o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor» (como la firma electrónica, recientemente regulada por Real Decreto-Ley de 17 de septiembre de 1999), así como «facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y

[13] Aunque así lo entienda Magro Servet, Vicente, en «Los juzgados dispondrán de impresos de demanda para los juicios verbales (menos de 150.000 pesetas) y monitorio», *La Ley* n.º 4907, 18 de octubre de 1999, pág. 4.

deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor [14]».

Y, por otra parte, «cuando, junto al documento en que conste la deuda (cumpliendo los requisitos expuestos), se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera» y «cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos». La diferencia entre estos supuestos y los primeros radica en que en los principios el juez debe apreciar la existencia de un principio de prueba del derecho del peticionario mientras que en éstos basta la mera presentación de los documentos señalados (art. 815 LEC).

En particular, el último supuesto de los citados recoge la posibilidad de reclamar las cuotas de las comunidades de propietarios por la vía del proceso monitorio, que, aun sin este nombre, tiene su precedente en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, mediante la Ley 8/1999, de 6 de abril (surgida en virtud de una iniciativa legislativa popular promovida por los administradores de fincas). Dicha Ley abordó el problema del impago reiterado de dichas cuotas, cuya reclamación no tenía un cauce eficaz ni en la anterior LEC ni en la Ley de Propiedad Horizontal. No fue suficiente a este respecto la reforma de esta última mediante la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que únicamente previó la práctica de un embargo preventivo. Pues bien, la indicada Ley 8/1999 reprodujo prácticamente, en su art. 21, el proceso monitorio que se estaba discutiendo por aquel entonces en el trámite parlamentario del Congreso de los Diputados [15]. Con la nueva LEC, ya no tiene sentido esa regulación especial y, por ello, se recoge dentro de la regulación general del proceso monitorio. Al mismo tiempo, la disposición final primera da nueva redacción al citado art. 21 de la Ley 8/1999 para limitarse a prever que las cuotas podrán exigirse «judicialmente a través del proceso monitorio o del ordinario que corresponda», añadiendo que «la utilización del procedimiento monitorio [no, por tanto, la del ordinario] requerirá la previa certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de

[14] Téngase en cuenta que, según los artículos 14.2 y 17.2 de la Ley del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996 (redactados por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social), las facturas deben remitirse antes de que se cumplan 30 días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías y se entenderán aceptadas cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de 25 días desde su remisión.

[15] Cfr.: Magro Servet, Vicente: «El cauce procesal para la reclamación de los gastos de comunidad», *La Ley* n.º 4935, 25 de noviembre de 1999, págs. 3 y ss.

la deuda con la comunidad de propietarios por quien actúe como secretario de la misma, con el visto bueno del presidente, siempre que tal acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma establecida en la propia Ley».

El juicio monitorio en materia de propiedad horizontal tiene, además, ciertas reglas especiales contenidas en la nueva redacción conferida al art. 21 de la Ley 8/1999 por la disposición adicional primera de la LEC. Así, a la cantidad que se reclame podrá añadirse la derivada de los gastos del requerimiento previo de pago, puede reclamarse contra el propietario anterior de la vivienda o local cuando deba responder solidariamente del pago de la deuda y cuando el deudor se oponga a la petición inicial del proceso monitorio el acreedor podrá solicitar el embargo preventivo, así como una regla especial (cuya especialidad es de difícil justificación) sobre el pago de honorarios de abogado y procurador. Además, en este juicio monitorio, será competente no sólo, como es la regla, el juez del domicilio del deudor sino también el del lugar donde se halle la finca (art. 813 LEC). En cambio, otras reglas especiales del juicio monitorio de propiedad horizontal han dejado de aplicarse, para observar las generales de la LEC. En particular, parece aplicable el límite de cinco millones de pesetas, pues, aunque no lo mencione la disposición adicional octava como requisito para acudir al proceso monitorio, el art. 812.2 lo prevé en general e incluso en particular para las reclamaciones de cuotas de comunidades de propietarios al señalar que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado [entre los que destaca ser la «'cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas], podrá también acudirse al proceso monitorio, para el pago de tales deudas... cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes...'».

También se hace una expresas mención a la posibilidad de utilizar el proceso monitorio en la modificación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (disposición adicional 8.ª LEC).

Presentada la petición, el deudor puede oponerse a la reclamación. Si no comparece ante el juzgado, éste dicta auto en el que despacha ejecución por la cantidad adecuada, prosiguiéndose conforme a lo dispuesto para las sentencias judiciales, pudiendo formularse sólo la limitada oposición que para éstas se previene. Es decir, el auto por el que se despacha la ejecución queda equiparado a la sentencia de

condena, ejecutándose como ésta y sin que se pueda ventilar el asunto en otro proceso declarativo (art. 816 LEC). Asimismo, el deudor puede pagar, en cuyo caso concluye el proceso, por satisfacción de su objeto (art. 817 LEC), u oponerse, siguiéndose entonces el juicio que corresponda (verbal u ordinario), en el que recaerá sentencia con fuerza de cosa juzgada. En caso de oponerse y estimarse pluspetición, se dictará auto, ejecutivo, por la parte reconocida. El escrito de oposición ya sí debe ir firmado por abogado y procurador si procede por su cuantía (art. 818 LEC), pero el demandante no puede formalizar adecuadamente su demanda si procede seguir el trámite del juicio verbal, en cuyo caso se sigue adelante con el sucinto escrito inicial (lo que, a nuestro juicio, hace razonable contar con abogado desde el principio para formular un buen escrito inicial, más allá del limitado requerido por la Ley), convocando a vista a las partes de forma inmediata. No obstante, si debe seguirse el juicio ordinario, el demandante sí puede, y tiene la carga de formular demanda, de modo que si no lo hace en el plazo de un mes se sobreseen las actuaciones, mientras que si la formaliza se da traslado al demandado y se prosigue el procedimiento.

La introducción del juicio monitorio, reclamado desde hace tiempo por la doctrina más avanzada y que objetivamente ha tenido éxito en otros países, no puede sino ser valorada positivamente. Así, en el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley[16] se apunta que «la introducción del procedimiento monitorio en nuestra normativa procesal ha sido demandada por amplios sectores doctrinales, que ven en este tipo de proceso un cauce eficaz para la resolución de un gran número de pretensiones. Y de acuerdo con esta postura doctrinal, el libro blanco de la Justicia se ha manifestado a favor». Por su parte, el Consejo de Estado considera, en su informe sobre el anteproyecto, que «las exigencias del dinamismo de la economía, la necesidad de recordar la seriedad de los pactos y la seguridad jurídica, la reserva de la función judicial predominantemente para las controversias y el aseguramiento de una justicia rápida y eficaz son valores que justifican la introducción de este tipo de proceso monitorio».

Puede también citarse la exposición de motivos de la Ley que introdujo el proceso monitorio en Francia, pues sus palabras son trasladables a nuestro país:

[16] Cfr. «Reforma del proceso civil. Informes de los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Civil y de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», Consejo General del Poder Judicial, págs. 309 y ss.

«El cobro de pequeñas deudas comerciales plantea un problema cuya importancia no podría ser desdeñada desde los poderes públicos. En un proceso ordinario, las costas que los acreedores deben destinar para su sustanciación están, en una gran mayoría de supuestos, en total desproporción con el importe de la deuda que se reclama. Frente a esta situación, el acreedor prefiere, dada la incertidumbre que existe en torno a si su pretensión será o no acogida por parte de los tribunales, renunciar al cobro de la deuda o aceptar una transacción a menudo desfavorable».

También en sentido laudatorio, en relación con el proceso monitorio creado por la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, MARTÍN BERNAL[17] considera que «el proceso monitorio puede aproximarse a la solución que mejor se adopta para agilizar muchísimo el cobro de las cantidades de los morosos, y que sin duda ha de redundar en beneficio de la sociedad entera. No parece que sea éste el momento de abundar en los beneficios que para todos puede suponer la implantación de este juicio, que sin duda puede frenar la morosidad que debe ser erradicada de nuestras comunidades reticentes en muchas ocasiones a litigar por cantidades de morosos cuya deuda puede ser abandonada al constatar el coste judicial que supone su reclamación...».

De forma ponderada, DE LA OLIVA[18] reconoce que «la morosidad, en su existencia y en sus proporciones, es un fenómeno social, extraprocesal, que no lo origina la Administración de Justicia ni los juzgados o tribunales, sino los morosos» y «la sociedad», «nadie paga si no tiene, por mucho que deba», y «aquí y en todas partes resulta sumamente difícil lograr que pague o responda patrimonialmente a través de la ejecución forzosa, quien no quiere pagar y adopta todas las posibles medidas impeditivas de que se le exija responder por sus deudas». «Sin embargo, la ley procesal civil puede ser adecuada o inadecuada ante la realidad... La actual me parece... el paraíso del deudor». Frente a esta situación, «una de las principales innovaciones del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil es el propósito de instaurar el proceso monitorio», considerando que «no nos movemos en el terreno del azar ni en el de las probabilidades más o menos remo-

[17] Ob. cit., pág. 5.

[18] De la Oliva Santos, Andrés: «El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio», *La Ley* n.º 4745, 2 de marzo de 1999, págs. 2 y ss.

tas... Es, eso sí,... una decisión arriesgada, pero con un riego medido y contrapesado con serios motivos para vaticinar que los resultados serán buenos», sobre la base de «la experiencia de otros países dentro del sistema jurídico que ha dado en llamarse continental europeo. En Alemania se tramitan por el monitorio más de siete millones de reclamaciones de deudas civiles y mercantiles y algo similar ocurre en Francia o Italia. En los países europeos en que está instaurado el proceso monitorio, el número de casos en que no hay oposición del deudor supera el 90 %».

V. Juicio cambiario

Según señala el preámbulo de la nueva Ley, «el juicio cambiario, por su parte, no es sino el cauce procesal que merecen los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés. Se trata de una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos del tráfico jurídico. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo, que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Fuera de los casos de estimación de la oposición, el embargo preventivo sólo puede alzarse ante la alegación fundada de falsedad de la firma o de falta absoluta de representación, configurándose así, en esta Ley, un sistema de tutela jurisdiccional del crédito cambiario de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada».

Efectivamente, frente al carácter innovador de la Ley en relación con el proceso monitorio y la refundición con la ejecución forzosa de sentencias, aunque con especialidades, del antiguo juicio ejecutivo, en el caso de los títulos cambiarios (letra de cambio, cheque y pagaré) se ha optado por mantener un procedimiento semejante a la regulación anterior, que era la del juicio ejecutivo con algunas especialidades, relativas, sobre todo, a los motivos de oposición a la ejecución (y que se derivan de la especial eficacia del título cambiario, el llamado carácter abstracto del negocio jurídico cambiario y la limitación de las excepciones personales a las partes de la relación subyacente) [19].

[19] Cfr.: Garrigues, Joaquín: «Derecho mercantil I», págs. 555 y ss., y Broseta Pont, Manuel: «Manual de Derecho mercantil», 6.ª ed., pág. 568.

En primer lugar, aquí se trata de verdaderos títulos ejecutivos: letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley cambiaria y del cheque (art. 819 LEC). Será competente para el juicio cambiario el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, sin que, al igual que en el monitorio, se admita la sumisión a otro juzgado (art. 820 LEC). El juicio cambiario comenzará no mediante un formulario sino mediante una demanda, ejecutiva, aunque sucinta, a la que se acompañará el título cambiario. A continuación, el tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas: 1.ª Requerir al deudor para que pague en el plazo de 10 días. 2.ª Ordenar el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago (art. 821 LEC).

Frente al requerimiento, el deudor puede pagar, siendo las costas de su cargo (art. 822 LEC). Puede, en cambio, oponerse negando categóricamente la autenticidad de su firma o la falta absoluta de representación, en cuyo caso podrá el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de la documentación aportada, alzar los embargos que se hubieren acordado, exigiendo, si lo considera conveniente, la caución o garantía adecuada. Pero hay ciertos supuestos en que no se levantará el embargo, por razón de intervención de fedatario, de no oposición en el momento del protesto o requerimiento notarial o por reconocimiento judicial o en documento público de su firma por el deudor (art. 823 LEC).

Asimismo, aparte de lo expuesto, el deudor puede interponer demanda de oposición al juicio cambiario, en virtud de las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque (art. 824 LEC) [20], que no se incorporan al texto de la LEC [21],

[20] A tenor del art. 67 de la Ley cambiaria y del cheque, «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes: 1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma. 2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado».

[21] A diferencia de otros supuestos, como la acción real hipotecaria, poniendo más aún de manifiesto el deseo conservador de la regulación anterior en esta materia (que, por lo visto, satisface a los agentes implicados).

lo que va seguido de un trámite de vista por el cauce previsto para los juicios verbales (art. 826 LEC), finalizando con una sentencia con un régimen semejante al antes previsto para el juicio ejecutivo, por lo que se refiere a la cosa juzgada y a su ejecución provisional en caso de ser desestimatoria de la oposición (art. 827 LEC)[22]. No se dice, pero se entiende que la sentencia desestimatoria firme es ejecutable como cualquier otra sentencia. No se trata, propiamente, de una sentencia de condena, pero sí de una resolución judicial que lleva aparejada ejecución y que, por ello, entra dentro de esta categoría residual de las resoluciones judiciales, dentro de los títulos ejecutivos que enumera el art. 517 LEC.

Cuando el deudor no interpusiere demanda de oposición en el plazo, se despachará ejecución por las cantidades reclamadas, que (aquí sí se dice) se sustanciará conforme a lo previsto en esta Ley para la de sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales (art. 825 LEC).

VI. Juicios verbales especiales

Como anteriormente se ha señalado, dentro del juicio verbal, se regulan diversas modalidades procesales.

Expone GARNICA MARTÍN[23], «el examen de detalle nos sitúa sobre una realidad bastante distinta a la que en un principio nos podíamos imaginar nos sitúa ante el hecho de que se quiere hacer sobrevivir la mayor parte de nuestros actuales procesos especiales. La técnica que se sigue para ello es la de tomar como referencia el juicio verbal y dentro de su regulación establecer las distintas especialidades que se derivarían del diverso objeto del proceso. Con ello sólo se consigue un mero efecto óptico, crear la ilusión de que se han suprimido la mayor parte de nuestro actuales procesos especiales. La realidad es otra, pues lo único que se consigue es mantener esos procesos especiales, pero mal regulados, desarrollados en forma asistemática y confusa dentro de la regulación de los juicios verbales. Esa forma de proceder tiene un doble efecto perverso: por una parte, priva de claridad

[22] Esto es, la sentencia desestimatoria de la oposición es ejecutable provisionalmente y la sentencia firme produce efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas en el juicio cambiario, por lo que las restantes cuestiones sí pueden plantearse en el juicio ordinario correspondiente.

[23] Garnica Martín, Juan F.: «Los procesos declarativos ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley* n.º 4769, 7 de abril de 1999, págs. 2 y ss.

a la regulación del juicio verbal; por otra, oscurece la regulación de los propios procesos especiales».

En particular, respecto de los interdictos, GARNICA MARTÍN[24], considera criticable que «todos los interdictos actuales perviven dentro de la nueva regulación», de modo que «lo único que hace es simplificar la detallada regulación actual». Por el contrario, el citado autor considera que los interdictos deberían suprimirse, siendo suficientes las medidas cautelares, pues tales procedimientos, especialmente el de obra nueva, constituye «un instrumento muy peligroso, un instrumento del que se abusa con frecuencia», consiguiendo la inmediata paralización de la obra, con todos los perjuicios que ello conlleva (que no se afianzan). Estamos, en general, de acuerdo, sobre todo en relación con los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, pero no tanto en relación con los otros, especialmente el de retener y recobrar (en el que se tutela la posesión, o *ius possessionis*, y no el derecho a poseer, o *ius possidendi*)[25]. En cualquier caso, en la medida en que siguen manteniéndose los interdictos, aun cuando no se les dé ese nombre[26], conserva también su vigencia el art. 101 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP), a cuyo tenor no se admitirán a trámite contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, esto es, sólo se admitirán en caso de vía de hecho[27].

Pues bien, las modalidades procesales, que nos permitimos agrupar por razón del objeto y no del trámite procesal, son las siguientes, las cuales, en general, dan lugar a procesos sumarios, con limitación del objeto y ausencia de fuerza de cosa juzgada material, por lo que es posible discutir de nuevo (o antes) el objeto de la controversia en un proceso ordinario (arts. 438, 439, 441, 444 y 447 LEC). En todos los procesos sumarios que se siguen por la vía del juicio verbal no se admite la reconvención[28].

[24] Ob. cit., pág. 6.

[25] Pues aunque la tutela de la posesión supone, básicamente, una tutela de la apariencia de derecho a poseer, no es, simplemente, una tutela cautelar por un *fumus boni iuris* de un derecho sino un derecho en sí mismo (Cfr., entre otros, Castán Tobeñas: «Derecho civil español, común y foral», tomo II, vol. 1.º, 12.ª ed., Ed. Reus, págs. 551 y ss.).

[26] Impropio etimológicamente, pues los interdictos en Derecho romano eran una suerte de medidas cautelares de orden gubernativo. Cfr. De la Oliva: *Lecciones...*, ob. cit., V, pág. 136.

[27] Cfr.: García Gómez de Mercado, Francisco: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», V.V.A.A., Ed. Aranzadi, págs. 322 y ss.

[28] Cfr.: Damián Moreno, Juan: «Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley* n.º 4706, 5 de enero de 1999, pág. 3.

1. Jucicio de desahucio de finca por impago

En primer lugar, tiene una regulación especial y carácter sumario el juicio de desahucio por impago de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas (pero no el desahucio por expiración del plazo o por precario, cuya única particularidad es seguir el cauce del juicio verbal).

Será competente el juez del lugar donde se halle la finca (art. 52.7.° LEC). En este procedimiento sumario, sólo se admite la acumulación con la reclamación de cantidad cuando lo reclamado no exceda de 500.000 mil pesetas, mientras que cuando la cantidad reclamada excediera de dicha cantidad, las acciones de reclamación de rentas y de desahucio por falta de pago podrán acumularse en el juicio ordinario.

Además, no se admitirán las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas si el arrendador no indica las circunstancias concurrentes que pueden permitir o no la enervación del desahucio (posibilidad ésta contemplada por el art. 22.4 LEC y que, siguiendo en lo sustancial la regulación anterior, permite concluir el pleito, sin condena, si se paga o consignan las rentas adeudadas, con ciertas limitaciones)[29].

En el juicio de desahucio por impago, sólo se permitirá al demandado oponerse a la demanda por el pago o enervación de la acción (por lo que estamos ante un proceso sumario). Asimismo, es preceptiva el pago o consignación de rentas para recurrir (art. 449 LEC)[30]. Y, como juicio sumario, la sentencia no produce efectos de cosa juzgada.

En cambio, desaparecen las demás especialidades de los procesos arrendaticios. En relación con éstos, con todo, interesa destacar que, frente a la confusa regulación introducida por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, la posibilidad de enervación se predica de los procesos de desahucio de finca urbana por impago

[29] Dice el art. 22.4 LEC, a este respecto, que «los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendamiento paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas den la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación».

[30] Pago o consignación del importe de la condena, como requisito para recurrirla, que igualmente se establece en los juicios por indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor y por pago de cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios —de vecinos dice, incorrectamente, la Ley— (art. 449 LEC).

(art. 22.4 LEC) y, por tanto, con independencia de que se acumule o no la reclamación de rentas y que, en función de su cuantía, se haya de seguir el juicio verbal o el ordinario. No tiene, tampoco, regulación especial el lanzamiento o ejecución del desahucio, debiendo acudir a las reglas generales (arts. 793 y 704 LEC), que incluyen la posible retención de bienes para cubrir daños y los plazos para el desalojo (1 o 2 meses).

2. Acción real hipotecaria

Abre también un proceso sumario la acción real hipotecaria, esto es, la acción instada por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, por la que se demande la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

En estos casos, para la admisión de la demanda, debe expresarse en ella las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia y, salvo renuncia a ello, la caución que debe prestar el demandado para oponerse, así como acompañar certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante. El tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que fuesen necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia.

Aquí también los motivos de oposición son tasados (el proceso es sumario), en resumen, la falsedad o insuficiencia de la certificación del registro, poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho por alguna relación jurídica con el titular o titulares anteriores o por prescripción que deba perjudicar al titular registral (conforme al art. 36 de la Ley Hipotecaria), que la finca esté inscrita a nombre del demandado (por lo que habrá una doble inmatriculación y, lógicamente, la eficacia de una inscripción sobre otra no puede ventilarse en un procedimiento sumario) y no ser la finca poseída la inscrita a nombre del demandante.

3. Procedimientos sumarios de venta de bienes muebles a plazos

Por otra parte, se contemplan ciertas acciones sumarias en relación con la legislación de venta de bienes muebles a plazos, sea por el incumplimiento del comprador o sobre incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero o venta a plazos con reserva de dominio. En estos casos, para la admisión de la demanda será preceptivo acom-

pañar acreditación del requerimiento de pago al deudor, el impago y la no devolución del bien, así como certificación de la inscripción de los bienes en el registro correspondiente en caso de venta (no en caso de arrendamiento financiero).

En los casos de compraventa de bienes inscrita en el registro de venta de bienes muebles a plazos, además, el tribunal, al admitir la demanda, ordenará la exhibición de los bienes a su poseedor, y su inmediato embargo preventivo y depósito. Y en los casos de arrendamiento financiero, se ordenará el depósito de los bienes.

En cualquier caso, el demandado tendrá la posibilidad de oponerse pero sólo por ciertas causas tasadas (con limitación, por tanto, del objeto del proceso, que es, por ello sumario): «1.ª Falta de jurisdicción o de competencia del tribunal. 2.ª Pago acreditado documentalmente. 3.ª Inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de la firma. 4.ª Falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato» (art. 444.3 LEC).

Y la sentencia no producirá efecto de cosa juzgada.

4. Interdictos de obra nueva y obra ruinosa

También se contempla el llamado interdicto de obra nueva, esto es, cuando la demanda pretende que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, sobre la suspensión de una obra nueva. En este caso, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, ordenará la suspensión inmediata de la obra al dueño o encargado de la misma, que podrá ofrecer caución para continuarla así como la realización de obras indispensables para la conservación de lo edificado. Y el tribunal podrá acordar un reconocimiento judicial, pericial o conjunto antes de la vista.

En el interdicto de obra ruinosa la única especialidad relevante es el carácter sumario del procedimiento (art. 250.6.° LEC).

5. Interdictos de retener y recobrar

Para el interdicto de retener o recobrar, esto es, la acción que pretende la tutela sumaria de la tenencia o posesión de un cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute, se establece un plazo de un año para ejercitarla (art. 439.1 LEC[11]), aparte de la falta de cosa juzgada.

[11] Si la demanda se presenta fuera de plazo se inadmitirá, pero ya no se exige, para su admisión, el ofrecimiento de información testifical sobre la posesión y la perturbación o despojo (art. 1652 de la anterior LEC).

Si la cuantía (o la materia) permite acceder al juicio verbal «ordinario», con fuerza de cosa juzgada, puede resultar poco interesante este procedimiento (salvo que se pueda probar la posesión —*ius possesionis*— pero no la propiedad o, en general, el derecho a poseer, o *ius possidendi*), pero lo justifica para obtener una tutela provisional si el juicio «petitorio» (sobre el derecho a poseer) debe tramitarse por el cauce del juicio ordinario).

6. Interdicto de adquirir

Por otra parte, en el llamado interdicto de adquirir, esto es, la acción por la que se pretende que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieran poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, con la demanda, deben acompañarse los documentos en que conste fehacientemente la sucesión *mortis causa* en favor del demandante, así como la relación de testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario (art. 266.4.° LEC). Como en los demás juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el juez del lugar del último domicilio del causante (art. 52.4.° LEC).

El tribunal llamará a los testigos propuestos por el demandante y, según sus declaraciones, dictará auto en el que denegará u otorgará, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesión solicitada (con lo que concluye la llamada fase sumarísima).

A continuación, se llama a posibles terceros de mejor derecho mediante edictos, fijados en tablones de anuncios y publicados en diarios oficiales y periódicos de mayor circulación, y sólo si existe oposición se celebrará vista y continuará el procedimiento por los trámites comunes del juicio verbal, mientras que si no comparece ningún contradictor, se confirmará la posesión del actor.

No se dice expresamente que se trate de un proceso sumario (sin fuerza de cosa juzgada), pero la doctrina[12] lo calificaba como tal de acuerdo con la anterior regulación, semejante a la actual, con una fase sumarísima (que concluye con el auto que otorga o no la posesión) y una sumaria (que termina con la sentencia). Y, aunque no se trate de una tutela sumaria de la posesión —a la que se refiere la LEC para excluir el efecto de cosa juzgada material[13]—, pues el pleito no

[12] Cfr., p. ej., De la Oliva: *Lecciones de...*, ob. cit., V, págs. 136 y ss.

[13] Tutela sumaria de la posesión que es, como hemos visto, el interdicto de retener y recobrar.

versa sobre la posesión sino sobre el mejor derecho a poseer (el *ius possidendi* y no el *ius possesionis*), tiene carácter sumario por su propia naturaleza y finalidad, pues se trata de resolver provisionalmente sobre quién tiene mejor derecho a poseer pero no se declara formalmente ni la condición de heredero ni la propiedad.

7. Otros procedimientos sumarios

Asimismo, se hace una previsión, por remisión, a la falta de cosa juzgada de los procedimientos que la LEC u otras leyes califiquen como sumarios.

VII. Especialidades de los procesos ordinarios

También existen especialidades en los procesos ordinarios (fundamentalmente en el juicio «ordinario», aunque también en el verbal) por razón del objeto procesal, aunque con un carácter bastante limitado, sustituyendo lo que antes eran verdaderos procesos especiales.

1. Procesos de tutela de los derechos fundamentales

Así, la tutela de los derechos fundamentales (incluidos los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pero excluido el derecho de rectificación, que se tramita por la vía del juicio verbal, conforme al art. 250.9.° LEC) se tramitará a través del cauce del juicio ordinario, si bien en él será parte el Ministerio Fiscal y la tramitación tendrá carácter preferente (art. 249.2.° LEC). Será competente el juez del lugar del domicilio del demandante (art. 52.6.° LEC).

Con ello se pretende cumplir el mandato del art. 53.2 de la Constitución, conforme al cual «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo [del título I] ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», sumariedad entendida según la doctrina común no en sentido técnico, sino en el de brevedad de los trámites. Pero, aunque esto sea así, y se cumpla la preferencia y no sea precisa la sumariedad en sentido técnico, no parece que, por más que pretenda ser un cauce más ágil que los antiguos juicios de mayor y menor cuantía, el cauce del juicio ordinario cumpla con el requisito de la sumariedad siquiera entendida como rapidez. Si la Constitución quiso

establecer, expresamente, que estas demandas se tramitarían con sumariedad, no parece suficiente aplicarles el juicio ordinario por más que se haya agilizado. La Constitución parece exigir una mayor agilidad de la normal[34].

En este sentido, en relación con el anteproyecto de Ley, que incorporaba la tutela de los derechos fundamentales al juicio verbal, el Consejo General del Poder Judicial[35], significaba que «es evidente que a la hora de llevar a cabo el desarrollo legislativo del citado precepto constitucional existe un amplio margen entre el establecimiento de un procedimiento preferente y sumario, con alguna prevención adicional (pretensiones idóneas para su formulación por esta vía, intervención preceptiva del Ministerio Fiscal), como hace el [entonces] proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...[36], o bien introducir, además, normas específicas sobre otros aspectos (requisitos de la demanda, medidas cautelares, inversión de la carga de la prueba, contenido de la sentencia, acumulación de acciones de tutela y acciones ordinarias, dictamen de organismos públicos competentes), como hace la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 95.3 y 175 y ss.). Pero debe arbitrar, en todo caso, la preferencia en la tramitación del proceso en cuestión... y regular además la aplicación de la sumariedad constitucionalmente exigida a las peculiaridades del amparo judicial civil de derechos fundamentales, estableciendo también normas precisas de tramitación en esta decisiva modalidad procesal en ciertos aspectos esenciales».

La Ley establece la preferencia de estos procedimientos, aunque no garantiza de forma concreta tal preferencia, por lo que, como ha sucedido en otras materias[37], puede no ser efectiva. Pero, sobre todo, no garantiza ni siquiera pretende sumariedad ni especial rapidez alguna.

Ahora bien, sí parece adecuado haber eliminado algunas especialidades de este proceso que anteriormente se establecían (como los plazos para contestar o solicitar vista) y que no eran necesarias.

[34] La nueva LEC parece seguir un criterio, no muy afortunado, de que los antiguos procesos sumarios sigan el cauce del juicio verbal y los plenarios rápidos el del ordinario, pero nos parece un error, habida cuenta la diferencia entre unos y otros que no radica en la rapidez, sino la limitación del objeto del proceso y de los efectos de la sentencia.

[35] Cfr. *Reforma del proceso civil...*, ob. cit., págs. 151 y 152.

[36] Actuales arts. 114 y ss.

[37] Cfr., p. ej., García Gómez de Mercado, Francisco: «Problemas procesales de impugnación de los acuerdos de los Jurados de Expropiación», Ed. Civitas, págs. 175 y 176.

2. Responsabilidad civil de jueces y magistrados

También sigue el cauce del juicio ordinario la exigencia de responsabilidad civil de jueces y magistrados (art. 249 LEC). En este caso, junto a la demanda, deberán acompañarse las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido (art. 266.1.° LEC), pues ello es requisito previo para acceder a este procedimiento según el art. 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Alimentos

En relación con los alimentos, ha desaparecido el procedimiento especial de alimentos provisionales. Los alimentos se solicitan a través del juicio verbal (art. 250.8.° LEC) con carácter plenario y directamente, sin necesidad de un proceso sumario «provisional». Ello parece razonable, pues por la vía del juicio verbal, suficientemente ágil y que permite, al mismo tiempo, un conocimiento pleno del asunto, se obtiene una tutela judicial efectiva. Pero, entonces, no parece lógico mantener como requisito de la demanda, como si de una demanda sumaria se tratase, que se acompañen los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos (art. 266.2.° LEC). Esto tenía sentido en el juicio de alimentos provisionales, cuya provisionalidad radicaba en que la sentencia que le ponía fin era revisable en el juicio ordinario que correspondiese, teniendo carácter definitivo los alimentos en él fijados, pero no si de forma directa se resuelve definitivamente sobre los alimentos. Con todo, se han eliminado algunas otras especialidades del juicio de alimentos provisionales, como la necesidad de ofrecer la acreditación del importe aproximado del caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista (arts. 1609 y 1610 de la anterior LEC).

4. Retracto, procesos arrendaticios e impugnación de acuerdos sociales

El juicio de retracto, que era un proceso especial, plenario rápido, debe ventilarse a través del juicio ordinario (art. 249 LEC), en el que, junto a la demanda, deberán acompañarse los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funda la demanda y la consignación del precio, si es exigida por la ley o por contrato (art. 266.2.° LEC). Pero el procedimiento será el del juicio ordinario, sin las especialidades anteriores, como la previsión específica de conformidad del demandado con los hechos en que se funde la demanda.

Los procesos arrendaticios distintos del desahucio por falta de pago y transcurso del plazo se siguen por la vía del juicio ordinario (art. 249.6.° LEC), sin especialidades más allá de la competencia territorial (arts. 52 y 251 LEC), que no supone, siquiera, una modalidad procesal. En este punto, pues, se consigue una notable mejora, pues la complejidad de los procesos arrendaticios en España era especialmente grave, y derivaba de que no existía en la materia sólo un cuadro de procesos más o menos amplio, sino que se tenían que combinar tres distintos y complejos órdenes normativos, contenidos en la LEC y en las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos. Con la reforma, se produce una gran simplificación en la LEC y se suprimen, como veremos, las especialidades procesales de la leyes arrendaticias especiales (salvo la previsión de intento de avenencia, en algunos casos preceptivo, ante las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos). Y el lanzamiento no presenta especialidades en caso de arrendamiento, regulándose en general en sede de ejecución (art. 675).

También sigue los trámites del juicio ordinario la impugnación de acuerdos sociales (art. 249.3.° LEC), acumulándose las distintas impugnaciones de los mismos acuerdos (art. 73 LEC). Será competente el juez del lugar del domicilio social (art. 52.10.° LEC).

5. Propiedad horizontal

Finalmente, en materia de propiedad horizontal, si no procede el juicio monitorio (p. ej. porque no se cumplen sus requisitos o porque haya oposición), y se trata de reclamación de cantidad habrá que acudir al procedimiento que corresponda por razón de la cuantía (ordinario o verbal), si bien las reclamaciones de distinta naturaleza seguirán el cauce del juicio ordinario (art. 249.8.° LEC). En cualquier caso, se presentan ciertas especialidades, contenidas en la nueva regulación que a la Ley de Propiedad Horizontal dispensa la nueva LEC (disposición final primera). Y será preciso pagar o consignar el importe de la condena para recurrir (art. 449.4 LEC).

VIII. Juicio ejecutivo

La nueva regulación del juicio monitorio, y el cambiario, no comprende todos los casos que anteriormente se tutelaban a través del llamado juicio ejecutivo, denominación impropia, como hemos visto, que la nueva Ley no recoge, pero que podemos utilizar para comparar la precedente regulación con el nuevo régimen.

Éste, insistimos, no sustituye el antiguo juicio ejecutivo por el monitorio o el cambiario, que constituyen, sobre todo el primero, procedimientos de significación bien diferente. En cambio, la ejecución forzosa seguida en virtud de títulos extrajudiciales, que era en lo que consistía, básicamente, el juicio ejecutivo, sigue existiendo en la nueva Ley, aunque con una mejor sistemática.

Así, junto a la regulación de la ejecución de las sentencias, se contempla también la de títulos extrajudiciales, con normas comunes y también diversas particularidades («procesos especiales») por lo que se refiere a los títulos extrajudiciales, especialidades que reconoce el preámbulo de la LEC al significar que la «sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas. Así, en la oposición a la ejecución, las especialidades razonables en función del carácter judicial o no judicial del título o las que resultan necesarias cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados». Ello es cierto pero quizá aquí se pueda reproducir la crítica formulada respecto de las especialidades del juicio verbal: tal vez sería más claro agrupar las especialidades no en función del trámite sino de la clase de pretensión o título, como modalidades procesales o «procesos especiales» en sentido amplio que, si existen y en ciertos casos está perfectamente justificado que existan, es mejor que aparezcan claramente y no se oculten entre la regulación general.

En cualquier caso, coincidimos con JIMENO BULNES[18] en que, de este modo, «se finaliza con una vieja distinción entre ambas clases de títulos (ejecutivos, judiciales y extrajudiciales) que provenía ya de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», sin perjuicio de las especialidades indicadas, y «hemos de destacar que este mismo afán unificador que parece positivo, rige para la actual ejecución especial hipotecaria, en cuanto a la misma le va a ser aplicable el régimen jurídico general de ejecución forzosa civil con las particularidades dispuestas a tal efecto en los arts. 684 y ss. del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (capítulo V). De este modo, y pese a las críticas suscitadas al respecto, reiteramos nuestra consideración positiva acerca de una... regulación unitaria y completa dentro de esta nueva legislación procesal civil en materia de ejecución en lugar de la actualmente dispersa en diferentes textos normativos». No han faltado, sin embargo, quienes han defendido que la ejecución hipotecaria siguiera teniendo una regulación distinta, en la Ley Hipotecaria[19]. Pero es debido, seguramente, a la desconfianza hacia la regulación general e, inversamente, la confianza en la regulación especial hasta ahora vigente. Pero, al igual que sucede en otros ámbitos, la mejora de la regulación general hace innecesarias muchas regulaciones especiales. Únicamente, insistimos, consideramos que sería mejor que las modalidades procesales que se mantengan aparezcan más claramente identificadas (lo que sí sucede en el caso de la ejecución hipotecaria).

[18] Jimeno Bulnes, Mar: «Aspectos generales de la ejecución forzosa: aportaciones del nuevo proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley* n.º 4727, 4 de febrero de 1999, págs. 2 y ss.

Entrando, sucintamente, en las particularidades de la ejecución de títulos extrajudiciales, podemos comenzar por la propia demanda ejecutiva, que en el caso de los títulos judiciales, y no en éstos, puede limitarse a la mera petición de ejecución de la sentencia. Por el contrario, en los títulos extrajudiciales el procedimiento comienza por una verdadera demanda ejecutiva, a la que han de acompañarse diversos documentos (arts. 517 y ss. y 573 LEC).

En segundo lugar, una de las cuestiones más importantes es la diferente regulación de la oposición a la ejecución, con causas distintas: pago, compensación, pluspetición, prescripción, caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir, y transacción (art. 557 y ss. LEC).

IX. Procedimientos hipotecarios

Mención especial merecen los procedimientos hipotecarios. La hipoteca, y, con ciertas condiciones la prenda, tienen eficacia ejecutiva con una regulación especial, aunque dentro de la LEC (si bien complementada por diversas normas de la Ley Hipotecaria).

Así, los arts. 681 y ss. de la LEC regulan «las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados». Aquí sucede, un poco, lo mismo que en el juicio cambiario. Se trae la regulación especial a la LEC pero, a diferencia de otros títulos ejecutivos extrajudiciales (que abrían el llamado juicio ejecutivo), se ha preferido mantener una regulación especial (aunque la general se aplique supletoriamente).

De forma resumida, pueden significarse las siguientes particularidades. En primer lugar, son necesarios ciertos requisitos para acudir a

[19] P. ej. Prat i Rubí: «La ejecución hipotecaria, en presente y futuro del proceso civil», págs. 597 y ss.

la ejecución hipotecaria (como la fijación del precio y el domicilio del deudor en la escritura de constitución de la hipoteca). La competencia corresponde al juez del lugar donde se halle la finca (no el del domicilio del deudor). La demanda ejecutiva debe acompañar ciertos documentos específicos. A continuación, se despacha ejecución y se requiere de pago al deudor (salvo que se haya requerido ya extrajudicialmente). Se regula, además, de forma específica, la solicitud de certificación registral y la constancia de su expedición, mediante nota marginal, en el registro, así como la administración interina de la finca. A ello sigue la subasta, que tiene también reglas especiales, y el pago y aplicación del remate, que también presenta especialidades respecto de la ejecución ordinaria (si bien tanto en ésta como en la hipotecaria se mantiene la regla de subsistencia de cargas anteriores y preferentes).

Todo ello, en todo caso, debe ser completado por la regulación de la Ley Hipotecaria, que modifica la disposición adicional 10.ª de la LEC, básicamente para limitar la regulación especial y remitirse a la nueva regulación de la ley procesal común.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que junto a la específica ejecución hipotecaria, que sustituye al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria del art. 131 de la Ley Hipotecaria y que no excluye la posibilidad de acudir a las normas generales de ejecución de escrituras públicas, como títulos extrajudiciales (cauce que habrá que seguir cuando no se cumplan los requisitos específicos señalados y en el cual también existen algunas referencias para el caso de hipoteca), algunos autores, como GIMENO SENDRA[40], propusieron la reintroducción del procedimiento extrajudicial hipotecario que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 ha considerado inconstitucional por considerar que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales (art. 117 de la Constitución). El citado autor duda sobre dicha inconstitucionalidad, al menos hasta un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y pone de relieve las ventajas que ofrecía este procedimiento, tales como la rapidez, su economía y la descongestión judicial de las ejecuciones hipotecarias. Y, en este sentido, la nueva redacción conferida al art. 129 de la Ley Hipotecaria, dispone que «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el título IV del libro tercero de la LEC, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. [Pero] Además,

[40] Ob. cit., pág. 3.

en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

También cabe mencionar la acción real hipotecaria, ya examinada, y el expediente de dominio, que sigue regulado en la legislación hipotecaria (arts. 201 y 202 de la Ley Hipotecaria y 272 y ss. de su Reglamento), pues, aunque un sector más hipotecarista que procesalista sostiene que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en él se prevé una oposición, que se sustancia y decide dentro del mismo procedimiento, por lo que el Tribunal Supremo ha afirmado que se trata de un procedimiento contencioso (S. 29-5-1981).

X. Otras modalidades procesales previstas en leyes especiales

Las disposiciones finales de la LEC confieren nueva regulación a diversas leyes sectoriales que regulaban procesos especiales o modalidades procesales, en general para reducir esa regulación especial y remitirse a la general de la nueva Ley.

Así sucede, como hemos visto, en materia de propiedad horizontal (d.f. 1.ª) o de ejecución hipotecaria (d.f. 10.ª).

Cabe citar también la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (d.f. 2.ª), que contenía una regulación especial de las medidas cautelares y que ahora pasa a remitirse a las que en general prevé la LEC, así como la de la Ley de Sociedades Anónimas y la de Competencia Desleal (d.f. 3.ª y 5.ª), que, en concordancia con la nueva ley procesal, se remiten al juicio ordinario para la impugnación de acuerdos sociales y las acciones contra la competencia desleal.

Asimismo, se modifica la Ley de Patentes, cuya regulación al respecto se limita a prever la solicitud de medidas cautelares (d.a. 6.ª LEC), sin que exista ya un proceso especial en materia de propiedad industrial. No obstante, se conserva la regla competencial en favor de los jueces de Primera Instancia de la sede del Tribunal Superior de Justicia, que ni siquiera se incorpora a la LEC más que por remisión, al decir que «en materia de patentes y marcas, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia».

Se modifica también la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (d.a. 7.ª LEC), pero no para establecer o prever procedi-

miento especial alguno, sino sólo diversas cuestiones sobre las acciones que pueden ejercitarse, la acumulación de las mismas o la legitimación.

A continuación, se confiere nueva redacción a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (d.a. 8.ª LEC), cuya tutela pueda llevarse a cabo a través del proceso declarativo ordinario, del verbal-sumario a que hemos hecho referencia, o incluso del proceso de ejecución cuando se disponga de uno de los títulos ejecutivos que prevé la Ley (como la escritura pública).

También se modifica la Ley Cambiaria y del Cheque (d.a. 10.ª), para concordarse con la nueva regulación del juicio cambiario, aunque se mantienen en dicha ley los motivos de oposición (art. 67).

Otras leyes que contenían especialidades procesales en el orden civil son simplemente derogadas, en cuanto tales especialidades, bien sea recogiendo algunas de ellas en la nueva regulación u omitiéndolas completamente como sucede con las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos y la de protección de los derechos fundamentales, o la Ley Azcárate, de represión de préstamos usurarios, y la de Publicidad, respecto de las acciones de publicidad ilícita.

Y se modifican incluso, para concordar con la ley procesal civil, y, general, otras leyes de enjuiciamiento, si bien no entramos en ello por cuanto no se trata de procesos civiles especiales ni de modalidades del proceso civil.

Por otro lado, aunque no sea la nueva LEC la que lo haya suprimido, interesa advertir que el proceso especial para la reclamación de la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos, regulado por la Ley Maura de 1904 ha sido suprimido (y derogada dicha Ley) por la Ley de 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LAP. Con la aprobación de esta primera ley, un sector doctrinal creyó que la utilización de la expresión «los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones» (art. 145.1) suponía derogar la normativa precedente, de forma que sólo cabría exigir la responsabilidad de la Administración y no del causante del daño. La mejor doctrina no compartió este criterio[41], pero parece ser ahora el criterio legal, pues la Ley 4/1999 deroga la Ley Maura y su reglamento y, además, si antes se regulaba, por un lado, la exigencia de responsabilidad del personal por la Administración (art. 145) y, por otra parte, la responsabilidad civil y penal del personal (art. 146), ahora el segundo de los preceptos citados se refiere, únicamente, a la responsabilidad penal, «así como la responsabilidad civil derivada del delito» (que parece como único supuesto en que el ciudadano puede seguir reclamando directamente una indemnización del funcionario responsable)[42].

[41] Cfr.: González Pérez y González Navarro: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Ed. Civitas, 1996.

En cambio, no se ha derogado ni modificado la regulación especial que para el derecho de rectificación contenía su Ley Orgánica reguladora, de 26 de marzo de 1984 (seguramente por la falta de mayoría suficiente para modificar leyes orgánica, la del Poder Judicial y ésta incluidas). La discordancia no es grave, pues dicha Ley se remitía al juicio verbal, lo que recoge, como hemos visto, la nueva LEC. Pero se mantienen en su regulación (orgánica) especialidades, como la posibilidad de que el juez requiera de oficio al demandado la aportación por éste del material informativo, la exclusiva admisibilidad de las pruebas que sean practicables en el acto del juicio y el (ilusorio) pronunciamiento de la sentencia el mismo día del juicio o el siguiente [art. 6, letras a), b) y c)].

Algo semejante sucede con los procedimientos especiales en materia de accidentes de circulación, regulados todavía por disposición adicional de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 (de reforma del Código Penal anterior), que se remite al juicio verbal, con ciertas particularidades. Con todo, en la nueva LEC se recoge la competencia del lugar de producción de los hechos (art. 52.9.ª LEC) y la interdicción del recurso si no se consigna el importe de la condena (art. 449.3 LEC), y la ejecutividad del auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (art. 513.8.ª).

Finalmente, la nueva LEC considera expresamente vigente la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas que, si bien no establece, propiamente, un proceso especial, sí consagra ciertas modulaciones procesales por razón de ser parte el Estado y otras instituciones públicas, como las Comuni-

[42] Cfr.: García Gómez de Mercado, Francisco: «La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999», *Actualidad Administrativa* n.º 32, 6 al 12 de septiembre de 1999, págs. 893 y ss.

dades Autónomas, como la competencia territorial, la defensa y representación por el letrado de la Administración (incluso en relación con empleados públicos), la suspensión del procedimiento para elevar consulta a la superioridad, la exención de depósitos y cauciones o la práctica de notificaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal en la sede de los correspondientes servicios jurídicos[43].

XI. Conclusión

En suma, se trata de una ley que mejora diversos aspectos del enjuiciamiento civil y, en particular, la racionalización de los procesos especiales (esto es, limitar las especialidades, eliminando las superfluas en sí mismas y las innecesarias habida cuenta de la agilización de los procesos ordinarios), pero pretende ir más allá de lo que ha ido (dispersando y casi ocultando especialidades que estarían mejor agrupadas por razón del objeto procesal) y manifestado, en algunos extremos, una falta de sosiego y detenimiento en su elaboración, como hubiera sido necesario para una ley tan cualificada como ésta.

Hemos mejorado respecto de la ya centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil y, desde luego, es mejor contar con una nueva ley que con más reformas parciales y urgentes de una ley centenaria e inadecuada. Pero la falta de tranquilidad y estudio suficiente en su elaboración llevarán a que, en un plazo más breve que prolongado, se produzcan nuevas reformas parciales y urgentes de la nueva Ley.

[43] Cfr. «La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista», V.V.A.A., Ed. Aranzadi, 1999.

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

Por

Salvador Victoria Bolívar[1]

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Capacidad para ser parte y de la capacidad procesal. III. Legitimación procesal. IV. Pluralidad de partes y la sucesión procesal. V. Poder de disposición de las partes. VI. Representación y defensa. VII. Representación y defensa de las AA.PP.

I. Consideraciones generales

Cuando se aprueba una nueva ley procesal, la materia relativa a las partes no es de las más atractivas para su estudio y discusión entre los profesionales del derecho. Suelen preocupar otras materias como las particularidades y novedades relativas al procedimiento, recursos, competencia de los órganos jurisdiccionales, tutela cautelar, etc..

Sin embargo, las cuestiones relativas a la capacidad y legitimación de las partes constituyen la esencia del proceso, porque éste no es otra cosa, como decía GUASP, que la solución pacífica de un conflicto entre dos sujetos. Ello justifica que empleemos, en aras a la brevedad, las palabras de ROUSSEAU en «El Contrato Social», cuando inicia su estudio diciendo «Entraré en materia sin justificar la importancia de mi tema».

Con el reproche a una mayor vinculación del proceso a los conceptos de derecho e interés legítimo, sí es destacable el avance en la tutela judicial de intereses colectivos en relación con la defensa de consumidores y usuarios; y no menos importante es la mejora técnica que se ha producido en cuestiones como la pluralidad de las partes, las facultades de disposición sobre el proceso o la representación y defensa en juicio.

[1] Letrado de la Comunidad de Madrid.

II. Capacidad para ser parte y de la capacidad procesal

I. El **art. 6** regula la capacidad para ser parte ante los Tribunales de Justicia, mientras que el art. 7 se refiere a la comparecencia en juicio, es decir, la capacidad procesal.

La regulación de la capacidad para ser parte constituye una verdadera innovación, puesto que normalmente, en los textos procesales se atiende exclusivamente a la capacidad procesal, y no a la capacidad jurídica, remitiéndose tácitamente al C.C.. Sin embargo, es cierto que en las más recientes leyes rituarias, se ha ido reconociendo capacidad para ser parte a ciertos entes sin personalidad jurídica, especialmente en el ámbito del derecho público (podemos citar el art. 18 LJCA y 16 LPL; en el ámbito administrativo, el art. 30 LPAC).

Es por ello que este reconocimiento de capacidad para ser parte en el ámbito de la jurisdicción civil supone una indudable mejora de técnica jurídica, no sólo respecto de este orden jurisdiccional, sino, por su carácter supletorio ex art. 4 LEC, al resto de jurisdicciones.

El art. 6, además de reconocer capacidad para ser parte a las personas físicas y jurídicas (para lo que habrá de atenderse al CC), también lo reconoce al nasciturus, para todos los efectos que le sean favorables, como ya indicaba el art. 29, segundo inciso, del CC, el cual lo condiciona a que nazca con los requisitos del art. 30 CC. El Anteproyecto se refería expresamente a estas condiciones, pero fue suprimido en el Proyecto.

Asimismo, se *supera el dualismo* de las personas físicas y jurídicas, reconociendo capacidad a ciertos entes sin personalidad jurídica, como son las masas patrimoniales o los patrimonios separados (es curioso, porque el CGPJ propuso la sustitución del primer término por el segundo, pero no su adición), entidades sin personalidad a las que la Ley les reconozca capacidad y las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin.

En cuanto al Ministerio Fiscal, siguiendo la tónica ya establecida por la LJCA (art. 19 y Circular F.G.E. 3/98), no se le reconoce una capacidad general, sino subordinada a los procesos en que, conforme a la Ley, deba intervenir como parte, sin duda porque la concurrencia del interés público en el ámbito del proceso civil es singular.

Finalmente, la cuestión más interesante y novedosa que introduce este art. 6 es el reconocimiento de capacidad a los grupos de consumidores y usuarios, en cuanto supone el reconocimiento de tutela en el ámbito civil, de intereses jurídicos colectivos y difusos.

Dice el art. 6 que podrán ser parte los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables; para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Sobre la posible actuación de estos grupos nos referiremos posteriormente, al tratar su legitimación.

II. El **art. 7** regula la *comparecencia en juicio*, siendo de destacar el nombramiento de un defensor judicial para las personas físicas que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin perjuicio del Ministerio Fiscal. Debemos entender que dicha regulación se completa con la prevista en los arts. 299 y ss C.C.

Asimismo, por las masas patrimoniales comparecerán sus administradores, y por los entes sin personalidad y grupos de afectados quienes actúen en su nombre frente a terceros, salvo las reconocidas por una Ley, en las que habrá de atender a ésta.

En el Congreso, CiU propuso que por las empresas pudiera comparecer el factor mercantil; sin embargo, con buen sentido, el Grupo Popular rechazó la enmienda por considerar que se trataba de un supuesto de apoderamiento más, que no se hallaba excluido por la Ley [2].

III. Finalmente, en cuanto a la capacidad se refiere, podrá ser *apreciada de oficio* por el tribunal, tanto la capacidad para ser parte como la procesal, en cualquier momento del proceso. (**art. 9**)

III. La legitimación procesal

Los **arts. 10 y 11** regulan la *legitimación procesal*, es decir, la aptitud para ser parte en un proceso concreto.

Comencemos diciendo que la Ley considera parte legítima a quién *sea titular de la relación jurídica u objeto litigioso*. No se alude, como vemos, a *los derechos subjetivos* y *los intereses legítimos*, conceptos éstos utilizados tanto por la LJCA y la LPL, y que, como indicó el

[2] (BO de las CCGG del Congreso n.º 737, de 27 de julio, pág. 21372).

CGPJ, se acomodan en mejor medida a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en torno a ellos [3].

Sí se refiere a ellos la E. de M., pero para justificar su falta de mención expresa, puesto que reconoce que todos los procesos civiles persiguen la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos, con el principio de justicia rogada o principio dispositivo, al que responde tradicionalmente la Ley Rituaria Civil.

De este modo, entiende el Legislador, que constituye una carga procesal de las partes y no del Tribunal, configurar el objeto del proceso, decidir qué clase de tutela, de entre las previstas en el art. 5 [4], es la que corresponde, y más aún, aportar los fundamentos de hecho y derecho que vincularán al Tribunal (art. 218 LEC). Por todas estas razones, la propia E. de M. razona que justamente *para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en los casos de singular simplicidad, estar asistidas de Abogado*.

No me parece correcto apartarse de los términos de derecho subjetivo e interés legítimo, puesto que este modo, se impide un mayor acercamiento entre conceptos procesales comunes a todas las jurisdicciones; se produce una separación del art. 24 C. E. que refiere la tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos; y dificulta la aplicación de la doctrina del T.C. sobre *el interés directo* y el *interés legítimo*.

Ahora bien, la mayor vinculación de las partes a su Abogados me parece positiva, puesto que no se puede demandar, como se ha hecho, un mayor protagonismo, sin asumir, paralelamente, una mayor responsabilidad en el proceso. ¿Cuántas sentencias tiene su único apoyo en el principio *iura novit curia*, y no en los fundamentos de parte?

[3] En sede parlamentaria también se planteó por Coalición Canaria la utilización de estos términos. El Grupo Popular los rechazó, por razones de claridad conceptual, argumentando que la teoría del interés legítimo es propia más bien del procedimiento administrativo para los casos en que no existiendo un verdadero derecho frente a la Administración exista, sin embargo, un interés susceptible de tutela. (BO de las CCGG del Congreso nº 737, de 27 de julio, pág. 21372)

Sin embargo, la legislación civil y mercantil (v.gr., el art. 56 de la Ley de Marcas; art. 25 de la Ley General de Publicidad) y la jurisprudencia sí se han referido en multitud de ocasiones a la existencia de un interés legítimo para justificar la legitimación activa, como ocurre en materia de filiación, interdictos, para permitir el ejercicio de la acción por quien no ostenta aún un derecho hereditario consolidado, sino sólo una expectativa, etc..

[4] Corresponde a la parte actora determinar que clase de tutela pretende el órgano jurisdiccional: condena a una prestación, declaración de existencia de derechos y situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de mediadas cautelares y cualquier clase de tutela expresamente prevista por la ley. Como puede observarse, el abanico de pretensiones que ha previsto nuestro legislador es amplio, aun partiendo de los supuestos más clásicos de nuestra doctrina, si bien con un carácter de numerus apertus.

Pero como ya hemos anticipado, la gran novedad en esta materia es el reconocimiento de legitimación para la defensa de derechos e intereses de *consumidores y usuarios*.

De este modo, el art. 11.1º dispone que, «*sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados* (por cierto, que podía haberse utilizado otra expresión inicial con objeto de evitar una aparente contradicción), *las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de su asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios*».

El segundo y el tercer párrafo diferencian, en orden a la legitimación, en atención a que el grupo de perjudicados se halle o no perfectamente determinado:

- Si se halla determinado, la legitimación para la defensa de estos **intereses colectivos** corresponde al grupo de afectados (con la dificultad del art. 6, es decir, que el grupo se constituya con la mayoría de afectados), a las entidades que tengan por objeto su defensa o protección y a las asociaciones consumidores y usuarios.
- Si no se halla determinado, la defensa de los **intereses difusos** corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley sean representativas [5].

Esta regulación no se hallaba en el Anteproyecto, que sólo se refería genéricamente a los grupos de afectados, siendo el CGPJ, junto con las propias asociaciones, quien impulsó una mejor y más completa regulación de la legitimación directa, adhesiva y por sustitución de ciertas asociaciones y entidades.

Este reconocimiento, no obstante, es fruto de una destacada evolución legislativa en la materia. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios ya había sido atribuida por el **art. 20 de la Ley 26/84, de 19 de julio, de General de Defensa de Consumi-**

[5] A estos efectos, debemos entender por *representativas*, las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios, inscritas en los registros administrativos correspondientes y cumpliendo los requisitos legales, que desarrolla el R.D. 825/90, de 22 de junio, salvo legislación específica de las CC.AA. tras la STC 15/89 (en el caso de la Comunidad de Madrid, art. 24 de la Ley 11/98, de 9 de julio, de Protección Jurídica del Consumidor).

dores y Usuarios, al reconocerles que podían «representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios»[6]. Sin embargo, dicha legitimación fue discutida casi desde el principio, y restringida por la vía reglamentaria (R.D. 825/90, de 22 de junio).

Algunas leyes autonómicas de defensa de consumidores y usuarios han recogido preceptos similares al antedicho, como el art. 21 de la Ley 11/98, de 5 de diciembre, de Castilla y León. No en cambio, la Ley 11/98, de 9 de julio, de la Comunidad de Madrid (aunque se aplica supletoriamente), pese a que sí reconoce el beneficio de justicia gratuita (art. 25).

Con posterioridad a la LGDCU, **la Ley General de Publicidad** (Ley 34/88, de 11 de noviembre), regulaba en los arts 25 y ss[7] las acciones de cesación y rectificación, reconociendo la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para su ejercicio.

La **Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación**, reconoció (entre otras especialidades procesales, la mayoría derogadas por la nueva LEC) una amplia legitimación activa para las denominadas acciones de cesación, retractación y declarativa (art. 16): Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tenga encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; **las asociaciones de consumidores y usuarios**; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las CC.AA. y CC.LL.; los colegios profesionales; y el Ministerio Fiscal.

Además, dicha legitimación activa no sólo lo era de forma directa, sino también mediante intervención adhesiva en un proceso promovido por cualquiera de ellas (art. 18).

La nueva LEC ha derogado este art. 18 y ha añadido un párrafo final en el art. 16 que permite, igualmente, a las entidades antedichas personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas.

Finalmente, la nueva LEC ha introducido una D. Adic. 4.ª en la Ley 7/98, con una finalidad aclaratoria, disponiendo que las referencias de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios comprende

[6] No obstante, los apartados 1 y 2 de este artículo no son de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia plena en materia de asociaciones de consumidores y usuarios, en virtud de STC 15/1989.

[7] Algunas de las especialidades procesales que contiene han sido derogadas por la LEC.

también, cuando se ejerciten acciones individuales y colectivas derivadas de Ley 7/98, a todo adherente, sea o no consumidor, y a las entidades del art. 16.

Como puede observarse, la evolución legislativa en los últimos años ha deparado una ampliación progresiva de la legitimación de lo que podríamos denominar, entidades representativas de intereses colectivos en general, y particularmente, las asociaciones de consumidores y usuarios.

Por otra parte, esta ampliación de la legitimación se ve acompañada de otras especialidades procesales, especialmente en relación con los efectos de las sentencias, cuyo estudio no me corresponde. La posible extensión de los efectos de las sentencias a consumidores y usuarios que no hubieran sido parte o que ni siquiera se hallaban determinados[8], supone la anhelada recepción en nuestro derecho de las acciones de clase del derecho anglosajón[9], sirviendo de referente, incluso a nuestro legisladores[10], el caso de la condena a las empresas tabaqueras en el estado norteamericano de Florida.

En cualquier caso, la regulación contenida en la LEC no debe hacernos olvidar ciertas carencias:

- No se ha visto acompañada de una reforma del art. 7.3º LOPJ[11] que amplíe su ámbito de aplicación a otros supuestos.
- Se introducen una serie de conceptos cuya delimitación no es tan clara: intereses generales, intereses colectivos e intereses difusos, todos ellos utilizados con la finalidad común de ampliar la tutela judicial sin caer en la acción popular[12]. En este sentido, no se comprende

[8] Arts 221 y 519 LEC.

[9] V.gr. la Asociación de Jueces para la Democracia en su informe sobre el Anteproyecto, publicado por la Ed. Edijus. 1999.

Son acciones mediante las que un colectivo afectado por conductas o normas puede actuar en nombre de quienes se encuentran en idéntica situación para que cesen los comportamientos, la norma se declare ilegal o se prohiba la práctica perjudicial o se obtenga la correspondiente indemnización.

[10] Por ejemplo, a ello hizo referencia expresa el Sr. Jover Presa, por el Grupo Socialista, en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (BO de las CCGG del Congreso nº 737, de 27 de julio, pág. 21366).

[11] Que reconoció la legitimación por categorías, según STS (Sala I) de 29 de julio de 1993.

[12] En algunas sentencias se tratan como sinónimos los «intereses colectivos», de «categoría», «supraindividuales» o «difusos».

No obstante, la utilización de estos conceptos ha sido más frecuente en la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa. La STS (Sala III) de 1 de octubre de 1997 equipara los intereses colectivos y los difusos diciendo: «La evolución jurisprudencial y doctrina sobre el concepto de legitimación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-adminis-

por qué razón se construye una artificial diferenciación entre intereses colectivos y difusos sobre la determinación de los consumidores y usuarios afectados.

• Finalmente, se ha perdido una oportunidad de aclarar el problema procesal de las **comunidades de propietarios**, y su ámbito de legitimación.

Una síntesis de la doctrina jurídica a este respecto lo encontramos en la *STS 22 de octubre de 1993*, a cuyo tenor: La LPH, en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del Presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de los intereses comunes. Al Presidente, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha extendido sus facultades a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen; sólo así se evitan procesos con innumerables personas, a todas las cuales puede representar el Presidente...[13].

La Jurisprudencia, por otra parte, ha considerado que el acuerdo de la Junta de Propietarios lleva implícita o se presume la autorización para la defensa de intereses relativos a elementos privativos (*STS 3 de marzo de 1995*). Esto presenta especiales dificultades cuando el

trativa, obliga a distinguir y precisar los siguientes conceptos: interés legítimo; interés directo; intereses colectivos o difusos, y el mero interés por la legalidad. A través de los conceptos interés legítimo e interés directo, se garantiza una utilidad sustancial al interesado: y es que frente a las potestades administrativas, el administrado es titular de una esfera jurídica cuyo contenido no es otro que un conjunto de utilidades a través de las que se satisface el interés propio (derechos subjetivos). Pero junto a ello, hay que situar los **intereses colectivos o difusos**, que caen dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva...; por esta vía se amplía el concepto de interés directo, pero sin que dentro de dicho concepto quepa incluir a quien se limita a actuar en defensa de la legalidad (SSTS, entre otras, de fechas 14 de julio de 1988, 7 de febrero y 12 de junio de 1989 y 17 de julio de 1991).

La jurisdicción civil también ha utilizado el concepto de interés difuso a efectos de legitimación, sobre la base del art. 7.3º LOPJ. En este en este sentido, podemos citar, v.gr., la famosa STS 18 de mayo de 1993, o la sentencia de 29 de julio de 1993. Ha tenido una especial aplicación en relación con la exigencia de cánones de propiedad intelectual, basándose en una presunción de legitimación por sustitución para la defensa de intereses difusos, y que hoy no es necesaria, porque la LEC ha modificado el art. 150 del T. R. de la Ley de Propiedad Intelectual (R. D. Leg. 1/96, de 12 de abril), reconociendo la legitimación a las entidades de gestión.

[13] La STS de 18 de mayo de 1993 afirma: «Por otro lado, y finalmente, ha de tenerse en cuenta que la referida Asociación de Propietarios tiene, «mutatis mutandis», una fisonomía y un cometido muy similares a la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal y **resulta inconcebible negar legitimación activa a dicha Comunidad** para defender en un proceso los intereses colectivos de sus miembros en relación con el edificio de su propiedad.

acuerdo no se adoptó por unanimidad, porque en las actas que certifican el acuerdo mayoritario no ha de hacerse constar los propietarios que votaron favorablemente, lo que origina indefensión al demandado.

En algunos casos, el TS (*S. 16 de marzo de 1994*) ha empleado como argumentación de esta *legitimación por sustitución* el art. 7.3º LOPJ. No obstante, algunos autores (GONZÁLEZ CARRASCO) han criticado esta argumentación del TS, alegando que el art. 7.3º LOPJ justifica la legitimación para la defensa de intereses legítimos colectivos, pero no cuando se insta la tutela con un contenido reparador referido a esferas individuales que no han sido concretadas e individualizadas en el proceso; esta legitimación por sustitución, además, choca con el derecho a la libre disposición de los bienes jurídicos por su titular.

Es cierto que la Ley 8/99, de 6 de abril, que reformó la Ley de Propiedad Horizontal, ha concedido al Presidente la facultad de ejercitar acciones con objeto de requerir el cese de actividades prohibidas (art. 7) o el pago de las cuotas (art. 21)[14], previo acuerdo de la Junta de Propietarios; aunque la circunstancia de que en el segundo caso, pueda ejercitar las acciones el Administrador, no sirve sino para enturbiar aún más la situación.

Sin embargo, la cuestión no se ha solucionado para el ejercicio de otras acciones judiciales, o en el caso de la legitimación pasiva. Respecto de esta última, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 14 de junio de 1999 (Sala 1.ª; pon. Sra. Casas Baamonde), dictada en un recurso de amparo[15], admitió implícitamente el derecho del recurrente a actuar con independencia de la comunidad de propietarios, aunque el interés era coincidente, considerando que la personalidad jurídica de ésta es una mera *licencia lingüística*.

En cuanto al ejercicio de acciones, se podría entender que la comunidad de propietarios, fuera de los casos previstos en la LPH, constituye un grupo de afectados del art. 6.7º LEC, que exige que se componga de la mayoría de ellos (lo cuál es lógico, puesto que los acuerdos han de adoptarse, al menos por mayoría). Sin embargo, en los casos previstos en la LPH, antes citados, podría pensarse que las comunidades están incluidas en el artículo 6.5º LEC, es decir, como

[14] Ambos preceptos han sido modificados por la LEC.

[15] Asunto González Jurado. Procede de un proceso civil por accidente en un ascensor del portero de una finca.

entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconoce capacidad para ser parte[16].

IV. Pluralidad de partes y sucesión procesal

La nueva Ley ha dotado a la regulación relativa a la pluralidad de las partes de una sustantividad tributaria del principio de tutela judicial efectiva. Ya no se concibe la relación triangular existente en todo proceso (juez, demandante y demandado) como algo cerrado, difícilmente modificable, sino que se trata de una relación en constante dinámica en la que pueden producirse incorporaciones posteriores y sucesiones procesales, con salida de algún sujeto.

Este dinamismo del proceso en cuanto a los sujetos intervinientes (completado con la regulación de la acumulación de los objetos procesales), es justificado en la E. de M., en relación con los consumido-

[16] En este caso, además, la LPH exige de la previa autorización de la Junta de Propietarios, para que el Presidente o el Administrador puedan ejercitar las acciones. No obstante, alguna sentencia ha justificado la innecesariedad del acuerdo de la Junta al considerar que el Presidente es un órgano del ente y no su representante; en este sentido, v.gr., la S. A.P. de Madrid de 25 de noviembre de 1996 (pon. Sr. Durán Berrocal):

«*TERCERO*: Orillado así el óbice procesal litisconsorcial y teniendo en cuenta que los cónyuges demandados se allanaron en su día a la demanda, procede examinar las restantes excepciones formuladas por la entidad codemandada, devinendo evidente la claudicación de la que denomina como falta de legitimación activa, por cuanto que sustentada en la no acreditación de la autorización del ente comunitario mediante la correspondiente Junta para la interposición del litigio, basta para desvirtuarla, al margen de cualquier otra consideración, la innecesariedad de tal acuerdo autorizante, pues otorgado por el Presidente de la demandante el correspondiente poder para iniciar el proceso, reiterada jurisprudencia ha expuesto a propósito de la naturaleza y caracteres de esa presidencia, que viene reflejada de antiguo, entre otras, en la S. TS 19 Jun. 1.965, que conforme a la exposición de motivos de la LPH de 21 Jul. 1.960, es el Presidente uno de los tres órganos, en unión de la Junta de Propietarios y del Administrador, a quienes se confía normalmente el adecuado funcionamiento de esta forma de propiedad, **el cual aunque representa a la Comunidad según se dice en el art. 12 de la Ley, no lo es en el sentido técnico de representante, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso unos poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obra en virtud de una procura de carácter general, sino que actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo que elimina la distinción y contraposición de sujetos típica de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente, no como hecho «en nombre de la Comunidad», sino como si esta misma fuese quien lo hubiese realizado**, sin perjuicio de la relación interna entre dicho Presidente y la Junta de Propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a la normativa legal o estatutaria por la que se rigen estas entidades, doctrina reiterada por la sentencia también del Alto Tribunal de 20 Abr. 1.991 y las que en ella se citan.»

res y usuarios, pero que podemos extender a todos los demás supuestos, del modo que sigue:

> «La amplitud de la intervención procesal prevista con carácter general permite desechar una obligatoria acumulación inicial de demandas, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, un retraso que impediría con mucha frecuencia, la efectividad de la tutela pretendida».

Es decir, el carácter abierto de proceso, desde una perspectiva subjetiva y objetiva, evita dilaciones posteriores y es más acorde con el art. 24 CE.

A lo largo de cuatro artículos, la Ley regula el litisconsorcio, la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, la intervención provocada, y la publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

No podemos hacer aquí un estudio detenido de cada uno de estos supuestos, por las obligadas limitaciones temporales, pero destacaremos algunos aspectos; uno de ellos común a toda la regulación, como es la continua referencia a derechos e intereses, legítimos y directos, y a la tutela judicial efectiva, conceptos todos ellos constitucionales, que se habían omitido, como ya hemos dicho, en la regulación de la legitimación procesal.

- El litisconsorcio (art. 12) tanto activo como pasivo, es regulado con una fórmula que nos recuerda al derogado art. 156 (actual art. 72) respecto de la acumulación de acciones. Precisamente, en cuanto a las acciones que provienen de un mismo título o causa de pedir, el art. 72 aclara que *se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*.

Más importante es el apartado segundo que recoge el litisconsorcio pasivo necesario, y cuya falta es articulada por el art. 416.3º como una excepción procesal. Es igualmente novedosa, la posible integración de la litis que regula el art. 420, puesto que ante la alegación de falta de litisconsorcio, el actor puede, bien estimarlo procedente, aportando copias de la demanda para los nuevos demandados en la audiencia previa al juicio, o bien oponerse, resolviendo el Tribunal mediante auto.

- El art. 13 prevé la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, cuando ostenten un derecho o interés

legítimo [17], con una especial mención a los consumidores y usuarios. En estos casos, no se retrotraerán las actuaciones, si bien el interviniente podrá efectuar las alegaciones necesarias para su defensa aunque hubieren correspondido a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso; es decir, se trata de una retroacción limitada al interviniente y respecto de las alegaciones de defensa.

• El art. 14 se remite a una norma de rango legal para permitir la intervención provocada tanto por el demandante como por el demandando. El actor podrá llamar al proceso a un tercero para que intervenga sin la cualidad de demandado, con las mismas facultades de actuación que las partes. Por su parte, el demandado podrá llamar a un tercero para que conteste la demanda, bien como codemandado, bien como demandado, produciéndose en el segundo caso una sucesión procesal.

• El art. 15 regula la intervención en los procesos iniciados por las entidades protectoras de los intereses de los consumidores, de los perjudicados por un producto o servicio. Si los perjudicados están determinados, corresponde al demandante comunicarles la demanda, sin perjuicio de su intervención en cualquier momento del proceso; si se hallan indeterminados, se suspenderá el plazo por dos meses, para que se anuncie la admisión de la demanda en los medios de comunicación [18], impidiéndose cualquier intervención posterior.

Ahora bien, tanto del art. 15 como del art. 13 resulta que, si bien los consumidores pueden personarse, en las condiciones sucintamente descritas, en los procesos iniciados por las entidades protectoras de los intereses colectivos, no viceversa, en una ausencia que ya fue denunciada por el C.G.P.J.

• Por último, los arts. 16 a 18 establecen un marco adecuado de regulación de la sucesión procesal, en los casos de muerte, de transmisión del objeto litigioso, y el ya comentado de la intervención provocada. Además de la aplicación directa en el proceso civil, aseguran-

[17] Decía la STS 28-12-1986: «No se puede entender que sea de carácter meramente procesal, sino fundamental y sustantiva la cuestión de si, pendiente un juicio, puede y debe ser tenido como parte, para todos sus efectos, quien alega un derecho justificado que puede ser afectado por la sentencia que recaiga.»

[18] En la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, el Sr. Silva planteó que se aclarase quién corría con los gastos de la publicación, teniendo en cuenta que los medios de comunicación eran privados, lo que elevaba el coste. El Proyecto de Ley aclaraba que se haría por orden del Tribunal a costa del demandante/s, pero el silencio del texto final parece indicar que ese gasto se podría entender como derivado del servicio público de la justicia no repercutible en las partes (BO de las CCGG del Congreso nº 737, de 27 de julio, pág. 21362).

do la continuación del proceso, sirve de marco general todos los procesos por su eficacia supletoria.

V. Poder de disposición de las partes

El Capítulo IV regula, con cierto detalle y de forma extensa, el poder de disposición de las partes sobre sus derechos, la acción, el objeto del proceso y el proceso mismo. Es una normativa que, además de la mejora técnica, supone un capítulo más en la evolución legislativa de ideación o profundización de fórmulas que eviten el proceso. Resulta claro que el legislador, ante el colapso de los tribunales, con la violación del art. 24 CE que ello supone, ha optado, no por un incremento de los medios personales y materiales, sino por una renovación del marco procesal y en incentivar los equivalentes jurisdiccionales, las formulas de autocomposición intraprocesales [19] y extraprocesales.

En cualquier caso, las facultades de disposición de las partes, que pueden ejercitarse en cualquier instancia del proceso o en fase de ejecución [20], quedan restringidas por las prohibiciones legales y por las limitaciones establecidas por razones de interés general o en beneficio de tercero, lo cual será controlado por los tribunales.

También se prevé la suspensión del proceso, a solicitud de las partes, por un plazo máximo de sesenta días. El CGPJ proponía también la posibilidad de que el plazo se sometiera a la condición suspensiva de pendencia de otro proceso; sin embargo, la todavía excesiva dura-

[19] V. gr., la regulación de la transacción judicial del art. 77 de la LJCA. Es cierto que no existían antecedentes normativos en esta materia (a salvo los arts. 88 y 107.2º de la LAP, en el ámbito del procedimiento administrativo). Sin embargo, frente a autores como **ESCUSOL** y **RODRÍGUEZ ZAPATA** que negaban la aplicación de la transacción judicial en el proceso administrativo por la finalidad ineludiblemente de interés público a que ha de atender las potestades administrativas, otros como **GIMENO SENDRA** defendía su aplicación antes de la Ley al amparo de las disposiciones del Código Civil; validez de la transacción que fue reconocida por el A.TC de 11 de febrero de 1991 en un conflicto constitucional de competencias entre la Junta de Castilla y León y el Gobierno de la Nación.

La E. de M. de la LJCA lo califica como una de las facultades en manos de las partes o del órgano judicial para procurar la rápida solución de los procesos. El CGPJ y el Consejo de Estado, en sus respectivos informes, celebraron la regulación de la transacción judicial, pero dudaron de su efectividad práctica, debido a los requisitos a que estaba sometida la Administración par la realización de transacciones.

[20] La referencia a la fase de ejecución no existía en el Proyecto del Gobierno. En mi opinión, la referencia a esta fase procesal es harto discutible; en ejecución de sentencia, existe una resolución judicial firme que considero que ya no es disponible para las partes, pues violaría el art. 118 CE a cuyo tenor *es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales*.

ción de éstos determinaría seguramente la caducidad de la instancia en el primero.

Finalmente, de la regulación concreta de las distintas facultades de disposición sólo resaltaremos:

- la regulación del allanamiento parcial a algunas pretensiones, siempre que sean susceptibles de pronunciamiento separado y no prejuzgue el resto de pretensiones.
- La supresión de la referencia que hacía el Proyecto, en el actual art. 22.2º, inciso segundo, a que tras la comparecencia sobre si subsistía interés legítimo para la continuación del proceso, las partes podrían dejar *nota escrita sobre sus alegaciones*, por lo que se privaba de eficacia a dicha comparecencia en la que, seguramente, no estaría presente ni el juez.
- Por último, es de celebrar la extensión de la facultad de enervación al desahucio de fincas urbanas, *lato sensu*, y no limitado a las viviendas o en el arrendamiento de una finca urbana habitable en la que se realicen actividades profesionales, comerciales o industriales, como hacía el art. 1563 de la derogada Ley rituaria.

VI. Representación y defensa

Los arts 23 y ss regulan la representación procesal y la defensa técnica de las partes, y contienen algunos de los aspectos más discutidos desde una perspectiva corporativa, especialmente desde los Colegios de Procuradores y Abogados. Sin embargo, en sede legislativa, se produjo una sintonía entre los distintos partidos en esta materia que ha mejorado el texto resultante respecto del proyecto de ley.

En mi opinión, la Ley ha consolidado la posición de los profesionales, lo cual me parece sumamente acertado, garantizando la exclusividad de sus funciones respecto de otros colectivos. Ya hemos comentado antes que el abogado asume una mayor responsabilidad respecto de los argumentos de su defensa; en cuanto al procurador, la Ley, atinadamente, lo utiliza para agilizar la tramitación de las causas en los juzgados, con un mayor protagonismo en relación con las notificaciones, o en las fases procesales de prueba y ejecución, siguiendo las pautas que ya marcó el Libro Blanco de la Justicia [21].

[21] Pág. 34.

La compatibilidad de las exigencias de una representación y defensa técnicas con la efectividad de la tutela judicial gira en torno a los procesos en que no se exigen aquéllas (arts. 23, 31 y 32) y la regulación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

La Ley dispone que no se exige la intervención de procurador y abogado en los juicios verbales de cuantía inferior a 150.000 pts. y en la petición inicial de los procedimientos monitorios [22]. A este respecto hay que destacar dos aciertos: por un lado, la equiparación de los casos en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador; de otro, la rebaja, en el informe de la ponencia del Congreso de los Diputados, de la cuantía (en el Proyecto eran 300.000 pts), con la implicación que ello tiene asimismo respecto de la asistencia jurídica gratuita, y que es equiparable a la de 80.000 ptas. que se utilizó en la reforma de 1984 [23].

El art. 32 garantiza la igualdad procesal cuando no siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador, una de las partes comparezca asistido por ellos. En este caso, la otra parte tendrá derecho a nombrar, en el plazo de tres días, abogado y procurador, sin perjuicio del derecho de asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, el acierto del precepto no evita que critiquemos lo enrevesado del mismo, puesto que los tres primeros apartados podían haberse resumido en uno sólo, en la línea que establecía el Proyecto [24].

Precisamente, en relación con la asistencia jurídica gratuita, la E. de M. afirma que la LEC no es la norma adecuada para decidir a qué entidades, y en qué casos, ha de reconocerse u otorgarse. No obstante, el art. 32.4º LEC recoge el derecho establecido en el art. 6.3º de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/96, de 10 de enero) [25] a la designación

[22] Hay que tener en cuanta la vigencia del art. 1 de la antigua LEC (D Derogatoria única, 1.2º), a cuyo tenor tanto los Procuradores como los Abogados podrán asistir, con carácter de apoderados o con el de auxiliares de los interesados a los actos de conciliación y a los juicios a que se refieren las excepciones del número 2 del párrafo segundo del artículo anterior, cuando las partes quieran valerse espontáneamente de ellos.

[23] Por cierto, en el texto publicado en el B.O. CC.GG. del Congreso nº 737, se transcriben como palabras del Sr. Jover, por el Grupo Socialista, que en la actualidad «es preceptiva la intervención de abogado para los juicios de *corrupción* (sic) en menor y mayor cuantía, es decir los de más de 80.000 pts.» Pág. 21366.

[24] Art. 30.1º del Proyecto: «Cuando alguna de las partes pretenda servirse de Abogado y Procurador en actuaciones en que no sea preceptiva la intervención de éstos, deberá ponerlo previamente en conocimiento del tribunal, el cual deberá notificarlo a las demás partes con antelación suficiente para que puedan proveerse, si lo desean, de la misma asistencia y representación.»

[25] Artículo 6. Contenido material del derecho.

«El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 3. Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.»

de abogado y procurador, no sólo a solicitud del interesado, sino también mediante auto motivado a requerimiento del tribunal, cuando lo estime necesario para preservar la igualdad de armas de las partes en el proceso, siguiendo la doctrina emanada del TEDH interpretando el art. 6.3º del Convenio Europeo de Derecho Humanos [26].

También resulta interesante la diferenciación del art. 33 entre la asistencia gratuita y la designación de oficio de abogado y procurador, puesto que, como apunta RODRÍGUEZ GARCÍA, viene siendo habitual confundir o entender equivalente la defensa gratuita y de oficio. No obstante, el precepto suscita diversas cuestiones como cuál va a ser la utilización practica de la disposición legal; ante quién hay que formular y quién resuelve las peticiones; si puede plantearse la sostenibilidad de la pretensión o si se aplican las excusas de defensa de la LAJG.

Otros aspectos que conviene destacar en este examen rápido de la regulación legal son, por ejemplo:

• La previsión, a propuesta del Grupo socialista, de que en todos los edificios judiciales que sean sede de los tribunales civiles [27] exista un servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores. Esta posibilidad, que ahora se convierte en obligación, se hallaba contemplada en el art. 272.2º LOPJ [28]. En otro lugar de la Ley se establece una mayor intervención del Procurador en materia de notificaciones, como, verbigracia, la regulación de los traslados de escritos y copias entre los procuradores, computándose los plazos procesales desde que aquéllos se han hecho efectivos (art. 277 LEC).

[26] Vid. el interesante estudio del profesor RODRÍGUEZ GARCÍA : «El Proyecto de LEC y la regulación de la asistencia jurídica gratuita», en la revista jurídica LA LEY, nº 4794, de 12 de mayo de 1999.

[27] Considero que debemos entender la exigencia en las sedes de órganos tanto unipersonales como colegiados, por el significado amplio con el que utiliza la Ley el término «tribunal», según resulta de la propia E. de M.; no obstante, en la Comisión del Congreso, el Grupo Socialista planteó dudas sobre el ámbito a que se refiere el precepto.

Sin embargo, difícil va a resultar cumplir literalmente el precepto en cuanto a la existencia de salón de notificaciones en todos los edificios judiciales, teniendo en cuenta la dispersión de los tribunales en ciudades como Madrid, donde los juzgados de primera instancia se hallan repartidos en cuatro lugares de la ciudad distintos, ¿se va a exigir una salón en cada uno de los edificios? Lógicamente seguirá existiendo un único salón común a todos los juzgados de primera instancia e instrucción.

[28] Art. 272 LOPJ: «2. También podrá establecerse un local de notificaciones común a los varios juzgados y tribunales de una misma población, aunque sean de distinto orden jurisdiccional. En este supuesto, el colegio de procuradores organizará un servicio para recibir las notificaciones que no hayan podido hacerse en aquel local común por incomparecencia del procurador que deba ser notificado. La recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos.»

• La completa regulación de la obligación de parte de provisión de fondos y de lo que ahora se denomina cuenta del procurador y honorarios de los abogados. Respecto de lo segundo, se establece un procedimiento de apremio equivalente a la antigua jura de cuentas, que en sede parlamentaria fue criticado por el Grupo Socialista que propuso su supresión por su carácter privilegiado, entendiendo que el juicio monitorio ya constituye una vía adecuada para la reclamación. Sin embargo, creo que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SS. 110/93, 157/94, 167/94, 79/96, 12/97, 20/97) negando el carácter privilegiado de este tipo de procedimientos, su adecuación con los arts. 14 y 24 CE, y su justificación objetiva en orden a la finalidad que persiguen, deben servir de suficiente argumento para defender su subsistencia. Por otra parte, este procedimiento de apremio será aplicable, no sólo respecto de las cantidades adeudadas al final del proceso, sino también respecto de los que lo sean durante el transcurso de los asuntos, como con voluntad de interpretación autentica se manifestó en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso [29].

Asimismo, la vinculación del presupuesto previo de los honorarios de los abogados sirve para dotar de una mayor seguridad a las partes que comienzan un proceso.

• Por último, los arts. 27 y 29 declaran aplicable supletoriamente la legislación civil del contrato de mandato, en materia de relaciones entre el poderdante y el procurador y a la regulación de la provisión de fondos. De este modo, el legislador se alinea con la doctrina moderna que ha revisado toda la teoría de la representación y que defiende que la misma no puede desvincularse del contrato causal básico [30]; el poder es otorgado porque hay una relación previa de confianza o de tipo contractual (normalmente de mandato, aunque pudiera ser de arrendamiento de servicios, sociedad, etc..) entre el dominus y el representante, y la actuación del apoderado es su consecuencia y su desarrollo. DÍEZ PICAZO afirma que aunque la representación encuentre su fundamento en una relación de gestión distinta del mandato, a esta relación, en cuanto representativa, habrá de aplicarle

[29] B.O. CC.GG. del Congreso nº 737, de27 de julio ; pág. 21362.

[30] Durante muchos años (a partir de la STS 16-2-1935) se ha defendido la total desvinculación entre el poder y el mandato. Antes de ello, se consideraba al procurador como una especie del mandato, v.gr., en la STS 24-11-1887 podemos leer que «las leyes 23 y 24, Título V, Partida 3ª, no se refieren al mandatario en general, sino al personero o procurador, por lo que son inaplicables tratándose de un mandato.

aquélla disciplina normativa típica; más aún, HERNÁNDEZ MORENO asevera que el mandato es siempre representativo, y confiere siempre poder de representación [31].

VII. Representación y defensa de las AA.PP.

Lo primero que debe llamar la atención, en relación con la representación y defensa de las AA. PP., es la ausencia de cualquier referencia expresa en la Ley, especialmente en el capítulo V del Libro I, que regula esta materia respecto de los particulares. Hubiera bastado con un precepto similar al art. 24 LJCA que únicamente se remite a la LOPJ, a la Ley de Asistencia Jurídica de Estado e Instituciones Públicas y a la normativa autonómica [32]. Se olvida que la Administración, en mucho menor medida que respecto la jurisdicción contencioso-administrativa, también litiga ante el orden jurisdicción civil [33].

El tercer apartado, inciso segundo, de la Disposición Derogatoria de la LEC dispone: «Se considera en vigor la Ley 52/97, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas».

Esta aclaración del legislador ya se hallaba en el Proyecto de Ley, y resulta curiosa, no sólo por su ubicación, lo cual, por otra parte, no debe extrañarnos considerando la ausencia de un criterio unificador en la utilización de las distintas clases de disposiciones (adicionales, transitorias, derogatorias y finales), sino por la expresión empleada.

El legislador no afirma o asevera que la Ley 52/97 se halla en vigor tras la LEC, sino que lo entiende, comprende, «considera», en atención a que no se opone o es incompatible con la misma.

Con posterioridad a la Ley 52/97 sólo ha sido aprobada una ley procesal, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/98, de 13 de julio), que también resulta afectada por algunos preceptos de aquélla [34], y sin embargo, no se estimó

[31] Vid. en lo relativo a la diferencia entre el mandato y la representación, F. RIVERO HERNÁNDEZ, en «Derecho de Obligaciones», dentro de la obra «Elementos de Derecho Civil II», vol. 2º, Ed. Bosch, 1995, pág 227-8.

[32] Art. 24 LJCA: « La representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.»

[33] La Memoria correspondiente al año 1999 de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid expone que mientras se han tenido 3268 pleitos nuevos en el orden contencioso-administrativo, han sido 203 en el orden civil.

[34] V.gr., en matera de notificaciones, costas, cauciones, etc..

oportuno realizar esta interpretación auténtica. ¿A qué responde esta aclaración?

A mi modesto entender, por un lado, la supletoriedad general de la LEC respecto del resto de leyes rituarias motiva que se estime aquélla lugar adecuado para evitar cualquier duda de derogación tácita. Y, por otro lado, creo que se ha querido prevenir la polémica que, como el ave fénix, pudiera resurgir sobre la vigencia del fuero territorial del Estado y de las CC.AA., que cerró la Ley 52/97 y que tan discutido ha sido a nivel jurisprudencial y doctrinal.

Las especialidades procesales [35] de la Administración se contienen, tanto en la Ley 52/97 como en la propia LEC, y a ellas vamos a referirnos sucintamente a continuación. No obstante, con carácter previo, recordaremos que las especialidades de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas recogidas en los arts 11, 12, 13.1º, 14 y 15 son también aplicación a las CC.AA., en virtud de la D. Adic. 4ª..

En la Comunidad de Madrid, la D. Adicional Primera de la Ley 3/99, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicjos Jurídicos de la Comunidad de Madrid dispone:

> «Se estará a lo dispuesto en la legislación estatal respecto del régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal, la exención de depósitos y cauciones, tasación de costas, suspensión del curso de los autos y fuero territorial de los entes públicos.
>
> En particular, en los procesos en que sean parte, o puedan ostentar un interés que justifiquen su personación, la Comunidad de Madrid, sus organismos y entidades, las notificaciones, citaciones y demás actos de comunicación deberán remitirse directamente a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, salvo en los casos en que se haya designado un Abogado o Procurador colegiado para el ejercicio de la representación en juicio».

[35] La Ley 52/97 utiliza la expresión de «especialidades procesales», y aunque la E. de M. utiliza los términos «prerrogativas procesales», no se ha de dejar de reconocer que se trata de una tautología, puesto que lo regulado son privilegios procesales de las Administración, aunque su existencia se halle justificada. En este sentido, se ha declarado reiteradamente la constitucionalidad de los privilegios procesales; v.gr., la STC 90/94, a cuyo tenor «en términos generales, no es contraria a la Constitución la atribución de privilegios procesales a las distintas AA.PP., siempre que éstos no resulten arbitrarios o desproporcionados o supongan un sacrificio excesivo a quienes los soportan, ya que tal técnica engarza con el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa y el servicio con objetividad a los intereses generales a que la concesión de personalidad jurídica a tales Entes responde, según el art. 103.1 C.E. (SSTC 22/1984, fundamento jurídico 4., y 148/1993, fundamento jurídico 4., entre otras).»

No se aplican, en cambio, en el ámbito local, habiéndose argumentado que no les es necesario este régimen peculiar, por la escasa complejidad de asuntos civiles y penales (sic), la limitación de su territorio, y no disponer en muchos casos de un servicio jurídico propio [36].

Las especialidades procesales pueden clasificarse, a los efectos de nuestro estudio, según sean exclusiva aplicación al orden jurisdiccional civil o sean comunes a todos los órdenes.

A. Especialidades procesales del orden jurisdiccional civil

1. *Reclamación previa al ejercicio de acciones civiles* [37]

La Ley de Régimen Jurídico de las AA.PP. y Procedimiento Administrativo Común establece (art. 120) como requisito previo al ejercicio de acciones civiles contra la Administración la interposición de una reclamación previa [38], que interrumpe el plazo para el ejercicio de las acciones judiciales y que impide éste mientras penda su resolución, expresa o presuntamente (art. 121).

El propio Tribunal Constitucional ha justificado la exigencia de este presupuesto procesal. En la STC 120/1993 se afirmó al respecto:

1. La exigencia de reclamación previa en la vía administrativa es, sin duda, un legítimo requisito exigido por el Legislador, no contrario al art. 24 C.E. (SSTC 21/1986, 60/1989, 162/1989, 217/1991), cuya finalidad es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción [F.J. 3].

2. Con relación a la reclamación administrativa previa hay que puntualizar que su función equivale a la de la conciliación preprocesal, toda vez que ésta no es ni factible ni obligada cuando el demandado es la Administración, ante la cual debe formularse la mencionada reclamación [F.J. 4].

[36] Grupo Popular en el Senado. Cfr. Diario de sesiones del Pleno de. 23-10-97, pág. 2601.

[37] Es cierto que, precisamente, la reclamación previa es un requisito común al ejercicio de acciones laborales. Pero en la medida en que su régimen jurídico es parcialmente distinto en uno y otro caso, entendemos que puede incluirse en este apartado.

[38] Salvo en los casos exceptuados por la Ley: Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación (art. 7); Ley 11 de noviembre de 1988 General de Publicidad (art. 33.2º).

No procede aquí un estudio de este interesante procedimiento administrativo especial, sino su reflejo en la nueva LEC. Y he aquí la sorpresa, porque la nueva Ley silencia la exigencia de este requisito procesal. La derogada Ley rituaria se refería únicamente al mismo en el art. 533.7º articulando como excepción procesal «la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando así lo exijan las Leyes». Asimismo, hemos visto que algunas leyes exceptuaban este requisito en algunos casos.

Sin embargo, la nueva Ley no hace una referencia especial a la reclamación previa, sino que debemos entenderla incluida dentro de las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso y que son objeto de discusión en la audiencia previa al juicio (arts. 414 y 416 LEC).

Por otra parte, se ha derogado el art. 33 de la Ley General de Publicidad que exceptuaba de la reclamación previa el ejercicio de acciones de cesación y rectificación; si a ello sumamos que también se han derogado los arts 29 y 30 que establecían ciertas especialidades procesales, y que tales acciones se tramitan por el juicio ordinario (art. 249.4º LEC), y no por el juicio verbal, se ha privado a las mismas de la sumariedad de que gozaban en su procedimiento.

En cambio, respecto del derecho de rectificación, la insuficiencia de rango ha propiciado que no se hayan podido reformar las especialidades procesales que la misma contiene, rigiéndose el ejercicio de sus acciones por los trámites del juicio verbal (art. 6 LO 2/84 y art. 250.9º LEC), lo cual resulta coherente con la propia naturaleza de la acción que se ejercita.

2. *Suspensión del curso de los autos*

El art. 14 de la Ley 52/97 establece la obligación del Abogado del Estado, en los procesos civiles, de recabar los antecedentes para la defensa de la Administración, Organismo o entidad representada, así como de elevar en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

A tal fin, al recibir el primer traslado, citación o notificación del órgano jurisdiccional podrá pedir, y el Juez acordará, la suspensión del curso de los autos, salvo que, excepcionalmente, y por auto motivado, se estime que ello produciría grave daño para el interés general.

El plazo de suspensión, entre 15 días y un mes, lo fija discrecionalmente el juez, salvo respecto de ciertos procedimientos (interdictos, procedimiento del art. 41 LH, aseguramiento de bienes litigiosos e incidentes) que el plazo será entre 6 y 10 días.

La cuestión que se suscita respecto de la reducción del plazo de suspensión para ciertos procedimientos es que los mismos han sido reformados o derogados por la nueva LEC:

– En cuanto a los interdictos, no son regulados como tales, y sus diversas modalidades han sido subsumidas dentro del juicio verbal (250, 2º a 6º LEC) sin perjuicio de ciertas especialidades según la pretensión ejercitada (art. 441).

– El procedimiento del art. 41 es sustituido igualmente por el juicio verbal (art. 250,7º LEC, que igualmente ha reformado el art. 41 LH en la D. Final 9ª).

– El aseguramiento de bienes litigiosos no tiene un claro trasunto en la nueva Ley, siendo el más cercano la regulación de la administración judicial de los arts. 630 y ss LEC.

– Y en cuanto a los incidentes, su normativa ahora se recoge en los arts. 387 y ss LEC.

En principio, el plazo reducido debería ser únicamente aplicable a los procedimientos que sustituyen a los previstos en la Ley 52/97; ello no obstante, considerando que es la sumariedad de los procedimientos la que justifica el acortamiento del plazo, aquél debería aplicarse en todos los juicios verbales ratione materiae previstos en el primer apartado del art. 250 LEC.

Dos cuestiones se han discutido respecto de la suspensión de los autos con objeto de pedir antecedentes y elevar consulta:

• Por un lado, la existencia misma del privilegio, de difícil justificación cuando ha existido reclamación previa, puesto que la Administración ya conoce de la existencia del conflicto. Cuando no ha existido reclamación previa sí considero que la complejidad de las relaciones intraadministrativas conduce a la necesidad de un plazo que restablezca la igualdad procesal.

• De otro, la inclusión del precepto en la Ley 52/97 y no en la LEC y en la LH, como ya se advirtió tanto en sede parlamentaria como por el propio CGPJ [39]. La dificultad de encontrar su correcta ubicación, y que justificó su regulación en la Ley 52/97 se podía precisamente haber salvado con la nueva Ley.

[39] En el ámbito laboral, el art. 82.3º LPL es el que establece un plazo de 22 días para que el Abogado del Estado eleve consulta a la DGSJE.

3. Fuero territorial del Estado

El art. 15 de la Ley 52/97 establece que la competencias para conocer procesos civiles del Estado corresponde a los juzgados y tribunales con sede en capitales de provincia, Ceuta y Melilla; la misma regla se aplica a las CC. AA., respecto de las que también serán competentes los que tenga sede en la capital de la C.A. cuando la misma no sea capital de provincia (Mérida y Santiago de Compostela).

De lo anterior se excepcionan los juicios universales [40] y el interdicto de obra ruinosa.

La existencia de un fuero especial para el Estado ha sufrido diversos avatares legislativos que aquí no procede analizar [41], y a los que pretendió zanjar la Ley 52/97, puesto que el fuero especial se aplica con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial, superándose de este modo cualquier interpretación restrictiva del mismo.

La distribución provincial del Servicio Jurídico del Estado (y de los Servicios Jurídicos de las CC.AA. pluriprovinciales) es argumento suficiente para defender el fuero territorial; no en cambio su ubicación normativa, puesto que, al ser una norma únicamente aplicable al proceso civil, su lugar adecuado hubiera sido al regular la LEC la competencia territorial [42].

B) Especialidades procesales comunes a todos los órdenes jurisdiccionales

La Ley 52/97 recoge una serie de privilegios procesales que sonde ampliación a todos los órdenes jurisdiccionales, a los que sólo podemos hacer una breve referencia por las limitaciones de nuestro estudio.

[40] Que comprenden dos grandes grupos: los procesos concursales, respecto de los que rige la LEC derogada hasta que se apruebe la deseada Ley Concursal.; y los juicios sucesorios, que se rigen por la LEC nueva, salvo en lo relativo a la declaración de herederos abintestato, que se rige por la Ley antigua hasta que se aprueba la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

[41] Antes de la Ley 52/97, se hallaba regulado en el art. 71 LEC, introducido por la Ley 10/92 como consecuencia de las SS.TS. de 27 de enero de 1992 y 25 de febrero del mismo año que lo declararon derogado e inaplicable. Posteriormente, el ATC 324/93 rechazó una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JPI nº 7 de Tarrasa respecto del art. 71 LEC.

[42] Art. 63 de la LEC derogada y arts 50 y ss. de la nueva Ley rituaria, que dedica algunos preceptos concretos a supuestos especiales.

BUTRON BALIÑA explica que la introducción del fuero especial en la Ley 52/97 se debe a una enmienda en el Senado por el Grupo Popular como consecuencia de una errónea interpretación del informe del CGPJ. Cfr. «Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/97,de 27 de noviembre», LA LEY nº 4699, de 23 de diciembre de 1998.

1. Notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal

El art. 11 de la Ley 52/97 declara la nulidad de los actos de comunicación procesal del Estado que no se efectúen en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado. También se aplica a las entidades públicas empresariales, cuando éstas actúen representadas y defendidas por un Abogado del Estado.

Por otra parte, y al hilo de esta cuestión, el art. 151 LEC establece que los actos de comunicación a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia. Se debe entender excluidos del precepto los actos de comunicación a los Servicios Jurídicos de las CC.AA. puesto que éstas carecen (s.e.u.o.) de un salón de notificaciones en la propia sede de los tribunales civiles.

2. Exención depósitos y cauciones

El art. 12 de la Ley 52/97 establece la exención del Estado de prestar o constituir depósitos, cauciones, consignaciones u otro tipo de garantía previstas en las leyes.

La justificación del precepto obedece al complejo procedimiento administrativo de disposición del gasto público y la solvencia propia del Estado. No obstante, sí es exigible dicha obligación a las sociedades mercantiles participadas por el Estado o Entidades de Derecho Público.

Es aplicable, como ya dije, a las CC.AA. en virtud de la D. Adic. 4ª de la Ley 52/97. Además, el propio Estatuto de Autonomía de Madrid establece la exención de depósitos y cauciones[43], encontrando preceptos similares en otros EE.AA[44].

En relación con las Entidades Locales, el art. 154.2º LHL[45] dispone la inexigibilidad de fianzas, depósitos y cauciones, sin que esta prerrogativa se viera afectada por la STC 166/98 que declaró inconstitu-

[43] Art. 36.1º g del Estatuto (LO 3/83, de 25 de febrero).

[44] V.gr., Art. 43 E.A. Andalucía; art. 47 E.A. Extremadura.

[45] «Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Local **ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales**, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.»

cional el precepto en cuanto a la inembargabilidad de algunos bienes, y la posterior reforma del precepto por la Ley 50/98 de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

3. Costas

El art. 13 de la Ley 52/97 establece que la tasación de costas en que fuere condenado el Estado o personas defendidas por el Abogado del Estado se regirá, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales.

El precepto legal determina:

a) Que las reglas generales de imposición de costas aplicables en los distintos órdenes jurisdiccionales no se ven alteradas por el hecho de que una de las partes sea el Estado o una entidad pública.

b) Que el Estado es susceptible de ser condenado en costas.

c) Y que en las tasaciones de costas se incluirán una minuta de honorarios del Abogado del Estado por la defensa y representación[46]. Han sido normas internas de cada Administración las que han regulado los criterios de elaboración de las minutas: Instrucción 1/93 modificada por la 1/97 de la D.G. del Servicio Jurídico del Estado, y la Instrucción 8/99 de la D.G. de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

4. Prueba

Las especialidades en materia probatoria que contiene la LEC, son aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales, directa o supletoriamente; de ahí que nos refiramos a ello en este segundo apartado.

La especialidad procesal se concentra en la prueba de interrogatorio, en sus dos vertientes: cuando la entidad pública es parte del proceso (art. 315), y cuando interviene como testigo de un proceso (art. 381).

a) El art. 315 del nuevo texto legal, bajo la rúbrica «Interrogatorio en casos especiales», sustituye al ahora derogado art. 595 que regula-

[46] Cfr. STS 25 de febrero de 1998. La STS de 14 de febrero de 1996 afirmó que «es absolutamente compatible la presentación de «minutas de honorarios», cuando el litigante contrario a la Administración del Estado fue condenado al pago de las costas, con la percepción de derechos económicos por dicho funcionario, ya que en tal supuesto los aludidos honorarios por dicho concepto devengados por el Abogado del Estado no constituyen retribución funcionarial, sino ingresos en las arcas del Tesoro.»

ba la denominada confesión del Estado. Ab initio debe criticarse la rúbrica del art. 315 puesto que este precepto sólo regula el interrogatorio de entidades públicas (Estado, CC.AA, EE.LL, y otros organismos públicos), por lo que aquél podía haber sido mucho más concreto, al igual que se ha hecho en otros preceptos como son los relativos al interrogatorio de personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica (art. 309) o el interrogatorio domiciliario (art. 311).

En este caso, una vez admitida la prueba, el tribunal remite una lista de preguntas que habrán de ser contestadas por escrito antes del juicio o la vista.

No se dice quién ha de contestar, a diferencia del art. 595 que aludía a los empleados de la Administración a quienes concierman los hechos. Debemos entender que pese a la falta de aclaración, deben responder los funcionarios directamente implicados, sobre todo por la remisión al art. 307 LEC que establece que en casos de negativa a declarar o de respuestas evasivas o inconcluyentes, se tengan por ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, lo que sin duda se produce sin contestasen empleados distintos de los que conocen de los hechos.

Más problemático el segundo apartado del art. 315 en cuya virtud el tribunal, en el acto de la vista del juicio, podrá dirigir a la representación procesal las preguntas complementarias que estime pertinentes y útiles. Dudo mucho de la aplicación práctica de este precepto por cuanto el representante procesal de la Administración desconoce los hechos que se dilucidan en el proceso, salvo que las preguntas que le dirija el tribunal aludan únicamente a cuestiones generales de la Administración y de su normal funcionamiento.

Es cierto que el propio art. 315.2º prevé que si el representante procesal justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas requeridas, lo que ocurrirá en la mayoría de los casos, se remitirán nuevas preguntas como diligencia final. Sin embargo, la exigencia de una justificación cumplida de la falta de respuesta, unida a la remisión del tercer apartado al art. 307, es decir, que el tribunal considere que el representante ha contestado con una respuesta evasiva o inconcluyente y dé por ciertos los hechos, coloca a éste en una situación comprometida que excede de la defensa jurídica.

Por último, es reprochable y confusa la referencia del artículo al «representante procesal», porque cuando la Administración aparezca representada por procurador y defendida por abogado, como acontece con las EE.LL., ¿a quién se dirigirán las preguntas complementarias?; lo lógico es que las conteste el abogado, que tiene un conocimiento más profundo de la cuestión objeto del proceso, por lo cual, entiendo más acertada la expresión «defensor de la Administración» que utiliza la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) El art. 381 regula, como caso especial en el interrogatorio de testigos de un proceso, las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas sobre hechos concernientes a su actividad, y no quepa o sea necesario individualizar en una persona física, ni pueda obtenerse la información mediante certificaciones o testimonios.

Si algo caracteriza esta prueba es la intervención de ambas partes, tanto en la fase de proposición de prueba, pudiendo adicionar las preguntas que estimen oportunas; como con posterioridad a su práctica, permitiendo que puedan llamar a una persona física cuyo testimonio sea útil para aclarar o completar la declaración de la entidad, o bien proponer otro tipo de prueba que contradiga la declaración.

5. *Otras especialidades*

Sin podernos detener mínimamente en su examen, citaremos otras especialidades procesales de la Administración:

a) La ejecución de sentencias. Aquí merece una reseña el art. 576 LEC que regula los intereses de la mora procesal, que deja a salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas [47].

b) La inembargabilidad de los bienes de dominio público, quedando incluidos en art. 605.4º LEC.

c) El recurso de casación en interés de Ley.

[47] Arts. 36 y 45 de la Ley General Presupuestaria; y en la Comunidad de Madrid, arts. 32 y 41 de la Ley 9/90, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

ESTUDIO Y COMENTARIOS

LA FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

D.ª MARÍA JOSÉ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE

SUMARIO: I. El control de la actividad económico-financiera del sector público: a) Justificación y fundamento del control del sector público. b)Los órganos fiscalizadores en la Constitución Española. II. La fiscalización del sector público autonómico: a) Modelos de relación entre el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas (OCEX). b) El proceso de implantación de los OCEX. III. Principios básicos de funcionamiento de los OCEX. a) Los postulados de autonomía y de supremacía del Tribunal de Cuentas. b) La independencia y solvencia técnica: garantías jurídicas. c) La coordinación como mecanismo para evitar la duplicidad de controles. IV. La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid: análisis sistemático: a) Naturaleza y caracteres b) Composición y organización c) La función fiscalizadora d) Otras funciones de la Cámara . V. Reflexiones finales.

I. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

A) Justificación y fundamento del control del sector público

El Estado, como ente jurídico y social, ha evolucionado profundamente desde que en el siglo XV se constituyera como realidad política, hasta nuestros días. En un primer momento, se limitaba a cubrir los mínimos necesarios para la convivencia y a mantener el orden público. Luego, se transformó en una entidad intervencionista que organizaba la vida de los ciudadanos y prestaba servicios; y posteriormente, en un Estado de economía social de mercado, interviniendo en la producción junto con los particulares, en un ámbito de libre competencia. Esto ha originado un sector público cada vez más amplio y con mayores necesidades económicas.

La actividad financiera se ha convertido en un aspecto esencial de toda organización política y ha contribuido de manera definitiva a la formación de las instituciones. No debe olvidarse que los Parlamentos

nacieron históricamente vinculados a la prestación del consentimiento de los ciudadanos a las peticiones económicas que les hacían los Monarcas. Con el tiempo, las funciones financieras de las Cortes se fueron ampliando y se transformaron en un instrumento de limitación del poder regio [1].

En toda entidad política la Hacienda Pública impone coactivamente a los ciudadanos determinadas decisiones sobre la forma de obtener los recursos y el empleo de los mismos. La Hacienda democrática, en particular, se caracteriza por el hecho de que el principio de legalidad alcanza pleno sentido y se aplica a los dos grandes momentos de la actividad financiera: la obtención de los recursos y el gasto.

Los principios fundamentales del Estado Liberal de Sometimiento de los Poderes públicos al Imperio de la Ley y de Separación de Poderes, no podrán constituir las bases de un auténtico Estado Social y Democrático de Derecho si no se completan con un régimen legal de controles de la actuación de los mismos.

En concreto, en lo que a la actividad económico-financiera se refiere, es necesario garantizar que tales Poderes se ajusten a la legalidad y que gestionen los recursos escasos de forma eficaz, eficiente, económica, equitativa y ecológica. Es precisamente en el análisis y verificación de la sumisión de dicha actividad a tales postulados, donde los órganos de fiscalización alcanzan el máximo significado.

El ejercicio del control no se ha atribuido en exclusiva a una institución, sino que se distribuye entre diferentes entidades y adopta formulaciones y finalidades distintas.

Las Constituciones democráticas confieren a los Parlamentos el control político de la actuación de los Gobiernos. Aquéllos desarrollan dicha función a través de los mecanismos clásicos de verificación (preguntas parlamentarias, interpelaciones, Comisiones de investigación...); pero también, por medio de procedimientos indirectos que permiten contrastar aspectos concretos de la actividad. Entre éstos, y respecto del ámbito económico-financiero, pueden citarse la aprobación anual de la Ley de Presupuestos Generales y de la Cuenta General del Estado [2].

[1] *«Función y esencia del Tribunal de Cuentas»*. Rafael de Mendizábal Allende. Revista de Administración Pública, núm. 46, 1965.

[2] *«Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas»*. Paloma Biglino Campos. Revista de las Cortes Generales núm. 37, 1996.

Las Cortes Generales necesitan una base técnica para el ejercicio de la función política de control. La complejidad de los instrumentos que en materia económica se utilizan, la pluralidad de figuras a través de las que actúa el sector público, el volumen aplastante de éste, los escasos medios materiales y personales con que cuenta..., ponen de manifiesto la insuficiencia de las Cámaras para llevar a buen fin este cometido tan relevante para ellas y para el equilibrio de Poderes.

Por otra parte, la composición política de los Parlamentos los constituye en órganos poco adecuados para la indispensable tarea de examen de las cuentas, función de carácter meramente técnico. Todo ello ha conducido a la atribución de dicha actividad a entidades de diferente naturaleza.

La fiscalización del sector público se ha organizado en torno a dos sistemas fundamentales. En los países anglosajones se realiza por medio de órganos unipersonales cuyos titulares, nombrados por el Parlamento o por el Jefe del Ejecutivo, son independientes de la Administración y se relacionan con la Cámara Baja, que es la que ostenta las competencias financieras. En los países de tradición jurídico-pública continental, la función de examen de las cuentas se encomienda, por lo general, a órganos colegiados dotados de independencia e imparcialidad que se relacionan con los Parlamentos, siendo éstos los titulares de la función de control político de los Gobiernos.

El Tribunal de Cuentas español se adhiere a este segundo sistema realizando, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986, *«una actividad técnica previa a la función política de las Cortes»*.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, recogía que la vinculación de aquél con las Cortes Generales *«le imprime un carácter y asigna específica responsabilidad que ha de estar y pesar sobre las responsabilidades de cualquier rango jurídico reguladoras del mismo en sus distintos aspectos»*. Y añadía: *«Su vinculación y su naturaleza le exigen, por una parte, que respete de modo absoluto la esfera política que es propia del Congreso de los Diputados y el Senado y, por otra parte, que los dictámenes que emita se caractericen por su alta solvencia técnica con el propósito de que ilustren el juicio de ambas Cámaras en las decisiones que éstas hayan de adoptar en el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye»*.

La sucesiva ampliación de los fines que incumben a los órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera del sector públi-

co, responde a las nuevas necesidades de la sociedad moderna. En efecto, la concepción tradicional de los Tribunales de Cuentas se orientaba esencialmente al control de la legalidad, rasgo propio del Estado Liberal del siglo XIX. Para un Estado de esta naturaleza el control se limitaba a considerar el cumplimiento de las normas en la ejecución de los Presupuestos, comprobar que los gastos e ingresos se realizaban dentro de las previsiones presupuestarias, que las mismas se justificaban adecuadamente y que las cuentas se presentaban ordenadas.

Cuando el Estado incrementa sus funciones, actúa en la economía nacional y asume una política redistributiva de la renta que garantice los mínimos de bienestar a la colectividad, la propia sociedad exige no solamente legalidad en las actuaciones, sino también eficacia y economía. Ésta es la razón que determina que los órganos de control de las actividades públicas no se limiten a una simple verificación de legalidad y contable, sino que persigan una fiscalización completa de la gestión económica del sector público.

B) Los órganos fiscalizadores en la constitución española

La Constitución Española de 1978 (CE) establece una nueva organización territorial del Estado, lo que significa un reparto de competencias entre los distintos entes territoriales y, en lo que interesa a este estudio, una distribución de las mismas en materia financiera.

Si bien es cierto que el principio de autonomía para la *«gestión de sus propios intereses»* que se reconoce a las Comunidades Autónomas en el art. 137 CE exige una *«autonomía financiera»* (art. 156.1 CE), no lo es menos que esto no debe suponer que aquéllas actúen como compartimentos estancos, ya que sería contrario a los postulados de solidaridad y coordinación elevados también a rango constitucional.

El art. 136.1 CE consagra al Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador de la actividad económico-financiera del sector público. Tal consideración implica, por una parte, que dentro del territorio nacional puede concurrir con otros órganos de control externo, aunque ninguno de igual o mayor preeminencia que el propio Tribunal; y por otra, que el ejercicio de las funciones de éste abarca a todas las entidades del sector público, existan o no para ellas específicos órganos fiscalizadores de cuentas legalmente constituidos; e incluso, a los particulares que gestionan fondos públicos.

El art. 1.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu), declara igualmente que éste es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos.

Para comprender mejor el alcance del art. 136 CE es preciso hacer un somero recorrido por las sucesivas variaciones que sufrió su texto durante la tramitación parlamentaria. El Anteproyecto de 5 de enero de 1978 presentado al Congreso de los Diputados, se refería al Tribunal de Cuentas en el art. 127, y sólo le atribuía competencias sobre las *«cuentas del Estado y del sector público estatal»*. Esto se completaba con el art. 141, que preveía que el control económico y presupuestario de la actividad de los órganos autonómicos se realizaría *«con intervención»* del Tribunal de Cuentas.

Por consiguiente, dicho Anteproyecto únicamente le concedía competencia fiscalizadora propia y plena sobre el Estado (entendido como Administración territorial de éste), y el sector público estatal que, por contraste con lo anterior, venía configurado por la Administración institucional y corporativa del mismo.

Como consecuencia del informe de la Ponencia designada por la Comisión Constitucional del Congreso, emitido el 17 de abril de 1978, se modificó el art. 127, que se convirtió en el 129. En el apartado 2 de dicho precepto se calificaba al Tribunal de Cuentas como *«supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como del sector público de ambas»*. Esto se complementaba con el art. 145, que otorgaba definitivamente al Tribunal *«el control económico y presupuestario de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas»*.

Se avanzó un paso más en el texto de CE aprobado inicialmente por el Congreso de los Diputados, que dio forma al actual modelo de Tribunal de Cuentas. En aquella ocasión fue el art. 130 el que, en el número 1, le confirmó como supremo órgano fiscalizador de la *«gestión económica del Estado, así como del sector público»*. En el número 2 del precepto se especificaban sus competencias con relación al *«sector público estatal»*.

Tal cambio supuso una variación del contenido atribuido al término «sector público», que se apreció en sentido amplio como el conjunto de órganos o entes que integran la organización de cualquier entidad territorial, ya sea el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales. Así se expuso en el debate que tuvo lugar

en el Pleno del Congreso de los Diputados, al declarar que la falta de precisión que incluye la expresión «*sector público*» significaba que «*en este sector público está todo el sector público y no sólo el sector público estatal*».

Esta redacción pasó en idénticos términos al art. 135 y, finalmente, al actual 136 CE; precepto que, en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, ha de conjugarse con el 153 d) del mismo Texto, que atribuye al Tribunal de Cuentas el control económico-presupuestario de la actividad de los órganos de aquéllas.

El alcance de la regulación constitucional de la fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público no puede sin embargo restringirse a la estricta lectura de la CE. En efecto, como tiene declarado el art. 28 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), desarrollado por la Jurisprudencia, habrá de atenderse al «*bloque de constitucionalidad*» en la materia; esto es, a las aclaraciones que el Alto Tribunal realice del Texto Fundamental (como intérprete supremo que es del mismo conforme al art. 1.1 LOTC), así como al conjunto de normas que se dicten en desarrollo directo y constituyan complemento necesario de aquél.

El propio Tribunal Constitucional en las Sentencias 187/1988, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero, manifestó que componen el bloque de constitucionalidad en materia fiscalizadora los arts. 136 y 153. d) CE, la LOTCu dictada en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 136.4 CE, así como los preceptos que a tales efectos se incluyan en los Estatutos de las Comunidades Autónomas.

II. La fiscalización del sector público autonómico

A) Modelos de relación entre el tribunal de cuentas y los órganos de control externo de las comunidades autónomas (OCEX).

Ante la situación de concurrencia de competencias entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX para el ejercicio de la función fiscalizadora a que se refiere el art. 136 CE sobre el sector público autonómico, se propusieron hasta cuatro posibles modelos de coordinación jurídica funcional; a saber,

1. *Establecer una coexistencia paralela e independiente de los mismos*: En este caso, el control económico y presupuestario de la

Comunidad correspondería al Tribunal de Cuentas, y su ejercicio por los OCEX constituiría una mera adición o reiteración de una actuación ya existente. Esta fórmula no se vislumbró viable al suponer un valdío encarecimiento de la función por la dualidad de medios personales y materiales que implicaba, y por las posibles discrepancias entre los procedimientos y los resultados del control que podían producirse.

2. *Considerar que los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas intervienen por delegación del Tribunal*. Esto implicaría que aquéllos nunca podrían actuar en el ejercicio de una competencia propia y que, por consiguiente, la delegación podría revocarse en cualquier momento.

3. *Diseñar una fórmula de relación y coordinación de los OCEX con el Tribunal en función del origen de los recursos que financian cada actividad*. Así, los fondos propios de las Comunidades Autónomas se fiscalizarían por los OCEX y el resto por el Tribunal de Cuentas.

4. *Crear Secciones territoriales descentralizadas del Tribunal para las distintas Comunidades*. El sistema originariamente elegido y legislado para canalizar las relaciones entre los órganos referidos varió con posterioridad a la vista de la marcha de los acontecimientos. En efecto, en un primer momento la Ley sobre Proceso Autonómico de 14 de octubre de 1983 (art. 14) optó por el último de los modelos expuestos. Sin embargo, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), lo derogó expresamente al considerar que la existencia de OCEX hacía innecesaria la creación de Secciones territoriales que, «*lejos de conducir a una fiscalización eficaz, supondrían una concurrencia de competencias y una antieconómica duplicación de esfuerzos en materia de control*».

El Tribunal Constitucional redujo a sus justos términos los principios sobre los que había de basarse la relación, al expresar en la Sentencia de 31 de enero de 1991, que la actividad de control realizada por las Comunidades Autónomas no excluye la que pueda ejercer el Estado a través del Tribunal de Cuentas, en el ámbito de sus propias competencias sobre la materia. Ambos controles pueden «*coexistir y superponerse*»; «*todo ello, sin perjuicio de la relación de supremacía establecida constitucionalmente entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores y del empleo, en su caso, de técnicas tendentes a reducir a la unidad la actuación de uno y otros, para evitar duplicidades contrarias a los principios de eficacia y economía enunciados en el art. 31.2 de la CE*».

En todo caso es necesario precisar que, cualquier que sea el órgano encargado de fiscalizar las Comunidades Autónomas, la función es única, esencialmente igual, y persigue los objetivos y finalidades previstos en la CE. Por ello, ha de estar dotada de un sistema básico general de garantías. De otro modo se estaría en presencia de una modalidad de control, pero no del constitucionalmente previsto en el art. 136.1 del Texto Fundamental.

B) El proceso de implantación de los OCEX

La organización de las Comunidades Autónomas se ha construido sobre la base de un mimetismo con el Estado. Este fenómeno se ha producido no sólo respecto de la propia Administración sino también de las instituciones denominadas «constitucionales», como son el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas.

Como se ha expuesto, la CE hizo posible la existencia de diversos órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera del sector público; posibilidad que el art. 1.2 LOTCu trasladó al ámbito autonómico subordinándola a una previsión al respecto en los Estatutos de las Comunidades.

Una interpretación restrictiva del mencionado precepto habría supuesto que, de las Comunidades que en la actualidad han regulado por Ley tales órganos, únicamente hubieran podido crearlos Cataluña, Navarra, Galicia, Valencia y Madrid.

Este criterio se rechazó al prevalecer una concepción amplia de tal potestad, fundamentada en el art. 22 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (que recoge la facultad de adoptar en los respectivos Estatutos de Autonomía sistemas e instituciones de control sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas), y en los arts. 2 y 148.1.1º CE en concordancia con los Estatutos (que atribuyen a las Comunidades competencia exclusiva sobre la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno).

Lo cierto es que en la actualidad son diez las Comunidades Autónomas que han dictado Leyes reguladoras de OCEX: Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Navarra, Galicia, País Vasco, Valencia, Islas Baleares y Madrid (en estas dos últimas, aún no se ha creado el órgano). Además, existe una tendencia generalizada a la proliferación de los mismos. Extremadura, Castilla y León y el Principado de Asturias están en vías de elaboración de las respectivas normas.

Un parte de la doctrina ha aducido razones que avalan la conveniencia de dichas entidades en el ámbito autonómico. La voluntad de las Comunidades de completar el cuadro de instituciones propias de autogobierno y la asistencia técnica a las Asambleas Legislativas en el control político de los Gobiernos, han sido algunos de los argumentos sostenidos.

Sin embargo, la implantación de estas instituciones también suscita críticas que resaltan los riesgos de mediatización política que pueden llegar a afectar a los OCEX (lo que exige aumentar las garantías que aseguren su independencia), y de multiplicación de las formas de control reproduciendo las existentes.

La creación de OCEX vino acompañada de situaciones de conflicto en relación con los ámbitos de competencias y funciones, el alcance de su actividad, así como el lugar que ocupan respecto del Tribunal de Cuentas.

Tal circunstancia llegó a originar la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la Nación, contra las Leyes autonómicas reguladoras de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña y el Consejo de Cuentas de Galicia. Las impugnaciones versaron sobre dos asuntos concretos, la atribución a los OCEX de competencias enjuiciadoras de las responsabilidades contables y la facultad de aquéllos para fiscalizar la actividad financiera de las Entidades locales radicadas en su territorio.

La solución dada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 187/1988 y 18/1991, tuvo por objeto no sólo resolver las consultas específicas que se plantearon sino, fundamentalmente, delimitar el ámbito competencial que corresponde al Tribunal de Cuentas y a los OCEX, así como determinar las relaciones entre ellos.

La LFTCu y el Alto Tribunal han pretendido normalizar la comunicación y delimitar las dimensiones de la cuestión. Consideran que la clave radica en el establecimiento de pautas de coordinación y colaboración entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX, a fin de lograr que las fiscalizaciones respondan a los principios de economía y eficacia y se eviten duplicidades innecesarias, retrasos y conflictos de actuación.

La naturaleza de los OCEX ha conducido a atribuir a éstos, ante todo, una función fiscalizadora. El desarrollo de la misma exige verificar que las entidades del sector público, en el ejercicio de la función económico-financiera, cumplan lo establecido en el Ordenamiento jurídico y que los estados contables de aquéllas se presenten adecua-

damente según los principios de contabilidad aplicables. Además, requiere controlar que las instituciones fiscalizadas actúen con arreglo a los principios de economía y eficacia financiera a que se refieren el art. 31.2 CE y las Leyes de Hacienda de las Comunidades Autónomas.

Los resultados de tales contrastes se recogen en informes o memorias que se remiten a la correspondiente Asamblea Legislativa o, en su caso, al Pleno de la Corporación, al objeto de que efectúen el control político del Gobierno autonómico o local, respectivamente. Esto lleva a los OCEX a desempeñar una actividad asesora indirecta derivada del ejercicio del control de la gestión económico-financiera pública.

Sin embargo, no es ésta la única función consultiva que para aquéllos contempla la legislación. En efecto, los OCEX creados hasta el momento están dotados también de una facultad asesora directa e independiente de la que resulta del desarrollo de la fiscalización. La misma se plasma en forma de dictámenes e informes técnicos que no tienen carácter vinculante, pero que pueden proporcionar una importante información a los órganos legislativos y de gestión.

El ámbito objetivo sobre el que recae tal asesoramiento es bastante homogéneo. En algunas Comunidades (Andalucía, Castilla-La Mancha, Islas Baleares y Valencia), se hace una referencia jurídica a las *«materias propias de las competencias de los OCEX»*. En otras (Canarias, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco), se especifican cuáles son aquellas competencias: *«materias de contabilidad pública, gestión económico-financiera, análisis de la gestión de los recursos disponibles atendiendo al menor costo en la realización del gasto y formulación de propuestas tendentes a mejorar los servicios prestados por el sector público de la Comunidad»*.

Las normas reguladoras de los OCEX coinciden en designar como destinatarios inmediatos de sus dictámenes a los Parlamentos. En algunas Comunidades aquéllos actuarán a instancias de éstos. En otras, podrán hacerlo también por propia iniciativa al no hacerse distinción en sus preceptos (Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Islas Baleares y Valencia). Incluso, la legislación de los OCEX de Canarias, Cataluña, Galicia y Madrid contemplan también la posibilidad de que se ejercite el referido asesoramiento a petición de las entidades que integran el sector público sujeto a fiscalización.

Otra función que se recoge en las leyes reguladoras de los OCEX es la de colaborar en la preparación del enjuiciamiento contable que corresponde al Tribunal de Cuentas, siempre que exista una delega-

ción previa al efecto. En este punto ha establecido un criterio claro el Tribunal Constitucional, que reconoce a aquél *«como supremo, pero no único cuando fiscaliza, y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable»*; esto sin perjuicio de que, al amparo del art. 26.3 LOTCu, pueda delegar en los OCEX la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales en exigencia de responsabilidades contables (STC 18/1991).

III. Principios básicos de funcionamiento de los OCEX

A) Los postulados de autonomía y de supremacía del tribunal de cuentas

La nueva organización territorial del Estado, como se ha precisado, está basada en un reparto de competencias entre los distintos entes territoriales que lo constituyen y en la suficiencia financiera de cada uno para el ejercicio de aquéllas. El principio de autonomía debe modularse con otros también esenciales, como son la solidaridad y la coordinación entre todas las Comunidades y de éstas con el Estado.

El hecho de que las líneas generales de la actividad económica de las entidades públicas no estatales deba ser conocida por el Estado a través del ejercicio de las competencias fiscalizadoras que el Tribunal de Cuentas tiene sobre ella, persigue, entre otras finalidades, obtener la información necesaria para el desarrollo de la planificación, programación y ejecución de la política económica del Estado, en cuanto conjunto de Administraciones y Haciendas general y terri-toriales. Esta competencia está reservada al Estado, al menos en cuanto a las bases y coordinación, por el artículo 131 CE.

El art. 156 del Texto Fundamental reconoce la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias. Sin embargo, condiciona dicha autonomía a tres principios: la coordinación con la Hacienda estatal, derivada de la necesidad de establecer un orden para que la actividad financiera del Estado y de las Comunidades se desenvuelva sin fricciones en una actuación conjunta; la solidaridad entre todos los españoles, que pretende garantizar un equilibrio económico adecuado y justo y un mínimo nivel de prestación de servicios públicos en todo el territorio nacional para corregir los desequilibrios que pudieran surgir; y el de garantía por el Estado de la realización efectiva de tal solidaridad.

Difícilmente podría llegarse a la coordinación sin un conocimiento controlado de los resultados reales de las Haciendas regionales. Tampoco sería posible garantizar el principio de solidaridad si no pudieran rectificarse los hechos que la niegan, y consolidarse los datos que equilibren la prestación de los servicios públicos fundamentales y la distribución de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial.

Cuando el Estado actúa a través de su órgano fiscalizador no ejercita una mera competencia, sino lo que la doctrina alemana denomina *«competencia de competencias»;* es decir, la soberanía o poder originario. Ello obliga a admitir que la entidad jurídico-política del Estado no se agota nunca en el postulado de la competencia. El control de la misma por tal Poder originario del Estado no implica, parafraseando a Burdeau, encadenamiento o desnaturalización de la misma sino racionalización o coordinación con aquellas otras que, por ejercerse dentro de la esfera de acción de un Estado, integran un sistema[3].

El Estado constitucional exige que el principio de autonomía se ajuste con el de control, ya que la autonomía territorial no supone una división del Poder del Estado, a diferencia del Estado federal, sino una autolimitación del mismo; una concesión de competencias y potestades derivadas a los entes territoriales. Sólo la armonización de ambos principios hace posible el respeto a los postulados de legalidad y seguridad jurídica que el art. 9.3 CE garantiza.

El propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de febrero de 1981 ratifica esta postura al señalar, *«la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, la autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites– y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución».*

Esta afirmación general debe aplicarse al ámbito de la fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público, teniendo en cuenta que el principio de supremacía del Tribunal de Cuentas sobre los órganos autonómicos no es el único que ha de subyacer en

[3] *«El control de la actividad económica de las Comunidades Autónomas por el Tribunal de Cuentas»*, Claro José Fernández-Carnicero González. Jornadas organizadas sobre el Tribunal de Cuentas por el Servicio Jurídico del Estado, 1982.

sus relaciones, sino que ha de conjugarse con otros igualmente importantes, como son los de coordinación, comunicación y auxilio.

En virtud del primero de ellos debe procurarse la uniformidad de las actividades de las distintas instituciones de control (art. 29.1 LFTCu). El postulado de comunicación o remisión de las actuaciones fiscalizadoras de los OCEX al Tribunal de Cuentas, se ha calificado como un deber de colaboración «ex lege» que se impone a los órganos autonómicos, y que constituye una manifestación del principio de supremacía. Por su parte, el auxilio, referido a la iniciativa o posibilidad del Tribunal de Cuentas de solicitar de los OCEX la práctica de concretas actuaciones fiscalizadoras, es un reflejo de la necesidad de integración funcional de los órganos de control cualquiera que sea el campo territorial de acción.

Como consecuencia del principio de autonomía financiera, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales no estarán sujetas al control estatal, ni de carácter previo, en el momento de aprobarse los instrumentos jurídicos de su actividad financiera, ni de carácter simultáneo, con ocasión de la ejecución de los ingresos y gastos públicos. Les afectará únicamente el control financiero en lo que se refiere a subvenciones, créditos, avales o ayudas que hayan podido recibir del Estado o de sus Organismos autónomos, por cuanto se convierten en gestores de fondos públicos de otras entidades.

En cualquier caso, sin perjuicio de las verificaciones que en cada supuesto concreto tenga a bien efectuar el Tribunal de Cuentas (que nunca habrán de suponer una reiteración sino un complemento de las ya practicadas por los OCEX), existen ciertos aspectos de la actividad de las Administraciones autonómicas relacionados con el ámbito de las competencias del Estado, que siempre habrá de controlar dicho Tribunal.

En particular, habrá de contrastar si aquéllas se ajustan en la gestión económica y presupuestaria a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía; si en la elaboración de los proyectos de Presupuestos se sujetan a su respectiva Ley de financiación; y si se siguen los preceptos contenidos en las leyes estatales de armonización (art. 150.3 CE) dictadas en materia presupuestaria y de gestión económica que sean de aplicación directa a la Comunidad.

También corresponde al Tribunal de Cuentas comprobar el grado de cumplimiento de las normas estatales en caso de transferencias o asignaciones a favor de las Comunidades Autónomas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; delimitar si se ha atendido a lo

dispuesto en las Leyes Orgánicas de delegación o transferencia de facultades a que se refiere el art. 150.2 CE, sin perjuicio de las formas adicionales de control que puedan haberse fijado; igualmente, si se han cumplido las normas sobre gestión económica contenidas en las leyes-marco estatales que vinculen de forma directa a la Comunidad.

No puede tampoco el Tribunal dejar de fiscalizar si la gestión económica se ha atenido a las Leyes estatales dictadas en materia de competencia normativa exclusiva o básica estatal, cuya ejecución estatutaria sea propia de las Comunidades Autónomas; si la recaudación de tributos realizada por delegación del Estado se ha efectuado conforme a las normas de aquél; y si se han gestionado con arreglo a los principios de eficacia y economía los servicios prestados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o por delegación o transferencia de facultades sobre competencias estatales.

En virtud del principio de autonomía, los resultados de la actividad fiscalizadora del Tribunal referida a las Comunidades Autónomas (tanto si se plasma en textos elaborados directa y exclusivamente por aquél, como si se realiza por el cauce fijado por el art. 29 LFTCu para las Comunidades con OCEX), se reflejarán en informes territoriales que se remitirán a las Asambleas Legislativas de las Comunidades y se publicarán en sus correspondientes Diarios Oficiales.

Al objeto de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y competencias del Estado, el Tribunal de Cuentas únicamente deberá comunicar a las Cortes Generales la emisión de tales informes territoriales y el contenido integrado de los mismos (art. 27.1.2º párrafo LFTCu), mediante la inclusión en el Informe Anual de un apartado referido a las Comunidades Autónomas (art. 13 LOTCu). De este modo, el Parlamento adquirirá una idea general de los resultados de la fiscalización del sector público autonómico y de los aspectos más importantes detectados en el desarrollo de su actividad económico-financiera, sin que esto constituya una modalidad de tutela estatal que vulnere lo previsto en la CE.

B) La independencia y solvencia técnica de los OCEX: garantías jurídicas

Conforme se ha indicado, el acercamiento del órgano de control a la entidad sometida al mismo puede incrementar la intensidad y, de resultas, la eficacia de la fiscalización; pero también es cierto que

dicha proximidad puede producir interferencias en una función que sólo se legitima por su independencia, así como potenciar el riesgo de someter a lecturas políticas informes redactados con críticas y planteamientos eminentemente técnicos. La mejor forma de evitar estos peligros, no es negar la existencia de los OCEX sino dotarlos de un amplio margen de garantías jurídicas que sirvan de antídoto a sus corrosivos efectos[4].

La independencia de los órganos de fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público autonómico no es consecuencia directa de la composición numérica, unipersonal[5] o pluripersonal, que se les atribuya. Tampoco de la manera en que se designen los miembros de la institución, ya sea sólo por el Parlamento o con la participación del Poder Ejecutivo[6]. Desde el punto de vista formal, dicha independencia se garantiza a través del estatuto que se reconozca a sus miembros y de las normas que regulen la estructura y funcionamiento del órgano.

Por lo que se refiere al estatuto de los miembros, cabe señalar que las normas reguladoras de los OCEX les atribuyen una posición jurídica similar a la de los jueces y magistrados, caracterizada por la independencia, la inamovilidad y la sumisión a un régimen de incompatibilidades. Esto es consecuencia lógica de lo dispuesto en el art. 136 CE, ya que no puede aspirarse a desempeñar una función constitucional sin guardar el límite mínimo que el Texto Fundamental exige para ello cualquiera que sea el órgano que la lleve a efecto (art. 136.3 CE).

Hay autores que consideran esencial para completar este estatuto, la inclusión en el mismo de ciertas garantías propias de quienes forman parte de otros órganos de la Comunidad Autónoma, tales como la inviolabilidad por las opiniones emitidas en el ejercicio del cargo e, incluso, el aforamiento. Sin embargo, estas condiciones son quizás excesivas al ser propias únicamente de los

[4] *«La posición institucional de los Consejos de Cuentas»*, Paloma Biglino Campos. Anuario de Derecho Parlamentario de las Cortes Valencianas, nº 7, 1999.

[5] La estructura unipersonal de los OCEX es excepcional, y únicamente se adopta por las Comunidades Autónomas de Navarra y Castilla-La Mancha.

[6] Comentando a Biglino Campos, en Op. cit. *«La posición institucional....»* *«en relación con este tema el extremo que debe evitarse sea quizás el reconocimiento expreso de una práctica como la que la doctrina italiana denomina latizzazione que, por extendida, no deja de ser potencialmente peligrosa para la composición de cualquier órgano público»*. Esta práctica consiste en vincular aquélla a la representación obtenida por cada uno de los Grupos parlamentarios en el respectivo Parlamento. *«Parece que estas previsiones son radicalmente incompatibles con la composición de un órgano que desempeña, fundamentalmente, un papel técnico para nada vinculado a criterios de representación política»*.

miembros de los Parlamentos, órganos dotados de una especial representatividad.

La independencia de los miembros de los OCEX debe asegurarse, igualmente, haciendo incompatible el ejercicio del cargo con el desempeño de otras funciones que pudieran enturbiar la libertad en la formación de la voluntad.

La autonomía de los miembros debe ir acompañada de la del órgano mismo. Esto supone reconocerle autonomía de gobierno (competencia exclusiva en lo concerniente al régimen interior y al personal a su servicio), atribuirle la elección de su Presidente, dotarle de autonomía reglamentaria para el desarrollo de la estructura y funcionamiento diseñado por la Ley de creación, así como de la facultad de elaboración y ejecución del propio Presupuesto[7]. La cláusula de cierre que garantiza el principio de independencia del órgano fiscalizador, es la salvaguarda de la del personal a su servicio.

Son tres los ámbitos sobre los que ha de proyectarse la independencia: frente al Poder Legislativo, que no puede condicionar ni intervenir la programación, planificación y ejecución de las fiscalizaciones; frente al Poder Ejecutivo, para lo que debe apartarse de cualquier presión o restricción utilizada por las fuerzas políticas; y frente a los propios órganos fiscalizados.

La independencia debe traducirse en la imparcialidad que ha de presidir las opiniones, conclusiones y recomendaciones del personal fiscalizador, con una consideración objetiva de los hechos. También en la ausencia de incompatibilidades de orden personal o en sus relaciones con la estructura administrativa que, caso de producirse, deberán dar lugar a la inhibición del funcionario en la fiscalización concreta o, en su defecto, a la posibilidad de la entidad fiscalizada de rehusar su intervención.

Las causas de abstención podrán venir motivadas por el previo desempeño de funciones de gestión en la entidad fiscalizada o en relación con ella (por lo que debe establecerse un plazo mínimo de separación del personal de las entidades gestoras), por mantener participación

[7] Los OCEX de Andalucía, Baleares, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Navarra y Valencia tienen atribuida la facultad de elaborar el proyecto de su presupuesto que se integrará en el general de la Comunidad Autónoma como Sección independiente, para someterse a la aprobación del Parlamento autonómico. Sin embargo, en el caso de la Audiencia de Cuentas de Canarias, el proyecto de presupuesto elaborado por éste constituye un Programa del Presupuesto de la Asamblea, que además interviene los actos de contenido económico de la Audiencia. Para el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas se estableció un régimen presupuestario bastante limitado y confuso que se ha uniformado con el régimen de autonomía de la mayoría de los OCEX por vía de la práctica.

económica privada en la misma, o por tener vínculos de consanguinidad o afinidad hasta cierto grado con las personas res-ponsables de la gestión de la Organización controlada en el periodo objeto de análisis.

Las garantías que hacen posible la independencia de los OCEX únicamente resultan eficaces si se acompañan de una alta competencia y cualificación profesional de los miembros y del personal fiscalizador. Para hacer efectivo este postulado, resulta preciso determinar la formación previa requerida para ser elegible como miembro de aquél, y exigir que el personal tenga la condición de funcionario y la especialización necesaria para el desarrollo de las actividades de control.

El fiscalizador ha de estar dotado de una preparación técnica especialmente cualificada y de una competencia profesional acreditada. La entidad fiscalizadora, por su parte, ha de actuar con una diligencia especial en la creación y desarrollo de procedimientos de selección del personal, debe impulsar de forma constante la formación continuada del fiscalizador, y mantener un sistema interno de promoción profesional justo y eficaz.

La competencia profesional se predica de los titulares del ejercicio de la función fiscalizadora (el Pleno del órgano de control o, en el caso de ser unipersonal, el Presidente del mismo), de los equipos de trabajo encargados de practicar las concretas actuaciones de verificación, así como de los expertos externos a los que se comisione para ejecutar actuaciones específicas.

El carácter eminentemente técnico de los órganos fiscalizadores exige que se les dote de suficientes medios materiales y personales para desarrollar su función puesto que, de otro modo, se dejaría en manos de otras instituciones el funcionamiento del control, lo que reduciría a los OCEX a meros espejismos[8].

La fiscalización debe realizarse por funcionarios con formación técnica y capacidad profesional adecuados, lo que afecta básicamente a tres aspectos: la formación, la experiencia y la actualización de conocimientos.

Tales funcionarios deben tener un dominio suficiente del funcionamiento y organización del sector público; de los principios y normas contables, presupuestarias y económico-financieras; así como de

[8] *«La función fiscalizadora de los Tribunales de Cuentas y su relación con el Parlamento»*, Ramón Muñoz Alvarez. Conferencia pronunciada en la Primera Reunión Anual del Consejo Directivo del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina, celebrada en Salta en 1995. Edit. Comisión Bilateral Examinadora de Obras de Autores Salteños.

los procedimientos de análisis de la legalidad, eficiencia y economía de la gestión del referido sector. Además, han de poseer experiencia en la materia, capacidad de organización y dirección del trabajo y la conveniente actualización profesional.

Finalmente, debe señalarse que es esencial para la independencia de los OCEX la posición que otras instituciones de la Comunidad adopten respecto de los mismos. En efecto, como se ha señalado, los informes de fiscalización facilitan al Parlamento autonómico el ejercicio del control político del Gobierno. Sin embargo, si esta relación no se entiende adecuadamente, los informes elaborados con criterios meramente técnicos pueden utilizarse en los Parlamentos como armas políticas en manos de la Oposición.

Además, un inadecuado tratamiento legislativo puede propiciar que un debate parlamentario que debe centrarse, entre otros extremos, en la gestión del Ejecutivo, se traslade a la crítica de los planteamientos y criterios que han inspirado la actuación y las conclusiones del órgano de fiscalización externa. Este fenómeno dejaría en entredicho la objetividad técnica del OCEX, característica que constituye el fundamento que legitima su existencia.

En este sentido existen dos prácticas que, mal canalizadas, pueden ser extremadamente peligrosas. Por una parte, el hecho de que únicamente comparezca ante el Parlamento para la presentación del Informe Anual, el Presidente de la entidad fiscalizadora y no el representante del sector público fiscalizado; esto puede hacer que las cuestiones se orienten más hacia el informe mismo que hacia su contenido[9]. Por otra parte, la posibilidad de que los Parlamentos rechacen los informes de fiscalización obligando a los OCEX a presentar otro nuevo, lo que les priva de la naturaleza altamente técnica que ha de presidir su función para convertirlos en un instrumento político de los Grupos Parlamentarios.

C) La coordinación como mecanismo para evitar la duplicidad de controles

En las Comunidades Autónomas con OCEX la fiscalización de la actividad económico-financiera de su sector público se atribuye a

[9] La comparecencia ante el Parlamento del órgano gestor sujeto a fiscalización, es una práctica habitual en Gran Bretaña que produce buenos resultados y que eleva y dignifica sobremanera la categoría de la institución fiscalizadora que no se ve sometida a riguroso examen técnico.

aquéllos sin perjuicio, como establecen las normas, de las competencias que al Tribunal de Cuentas corresponden en todo caso sobre dicho ámbito.

Tal concurrencia de competencias, que a veces se extiende también al sector público local, viene resuelta por las disposiciones reguladoras del Tribunal de Cuentas y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que abogan por el establecimiento de pautas de coordinación y colaboración entre aquéllos. De este modo, se logra que las fiscalizaciones respondan a los principios de generalidad, economía y eficacia, y que se eviten duplicidades innecesarias, retrasos y conflictos de actuación.

En el ámbito normativo, únicamente la LFTCu (arts. 27 a 29) contiene preceptos reguladores de las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX. En virtud del principio de supremacía del Tribunal, se predica el deber de aquéllos de coordinar su actividad con éste mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización.

Los OCEX habrán de remitir al Tribunal los resultados de las fiscalizaciones, así como los informes en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera del sector público y el empleo de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector, percibidas por personas físicas o jurídicas.

El Tribunal procederá al examen de los informes y de la documentación aneja y, si apreciara la necesidad, realizará las comprobaciones y ampliaciones convenientes, lo que podrá llevar a cabo por sí mismo (art. 29.2 LFTCu) o mediante solicitud dirigida al OCEX del que proceda el informe (art. 27.2 y 29.3 LFTCu).

Realizadas dichas actuaciones suplementarias si fueran precisas, el Tribunal de Cuentas incluirá en el Informe Anual que remite a las Cortes Generales, conforme establece el art. 13.1 LOTCu, los resultados que se desprendan de aquéllos en orden al cumplimiento de las previsiones y ejecución de los Presupuestos de las Comunidades; a la observancia de la legalidad y la racionalidad en la ejecución del gasto basada en criterios de eficacia y economía; a la realización de los Programas de actuación, inversiones y financiación y de los planes o previsiones que hayan de regir la actividad de las sociedades o empresas públicas; así como al empleo de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

El Tribunal podrá incorporar además al Informe sus propias conclusiones sobre el sector público autonómico o, en su caso, local.

Como contrapartida se impone que cuando la fiscalización se efectúe por un OCEX, aquél informe a las Cortes *«partiendo de dichas actuaciones»*, sin perjuicio *«de las ampliaciones que tuviera a bien interesar»* (art. 27.1 LFTCu).

Se contempla también la facultad del Tribunal de solicitar de aquéllos la práctica de concretas funciones fiscalizadoras en relación con los sectores autonómico o estatal, así como la de recabar y utilizar en el desarrollo de la actividad fiscalizadora los resultados del control que efectúen los OCEX en la forma determinada en la Ley (arts. 29.3 y 27.2 LFTCu).

Finalmente se regula la intervención que ha de darse a los Consejos de Gobierno y a los Parlamentos autonómicos en relación con los informes o memorias en que se recoja el resultado de la función fiscalizadora (art. 28 LFTCu).

El marco fijado por la LFTCu para delimitar las relaciones entre los órganos fiscalizadores comprende los parámetros sobre los que han de articularse aquéllas, aun cuando en algunos aspectos resultan muy genéricos. Ello tiene la ventaja de favorecer el ajuste de dichas relaciones a las circunstancias de cada caso concreto, pero también el inconveniente de que la indefinición de los cauces que han de regirlas puede producir quebrantos en la eficacia, la homogeneidad, y el ejercicio racional de la función.

Además, ha de tenerse en cuenta que la LFTCu no constituye una norma que regule el funcionamiento de los OCEX y, en consecuencia, no les vincula salvo en los aspectos que inciden sobre el bloque de constitucionalidad; lo que se da, entre otros aspectos, en las actuaciones que se refieren al cumplimiento de las obligaciones del Tribunal derivadas del deber de presentar a las Cortes Generales un Informe Anual sobre la gestión de la totalidad del sector público, exigido por los arts. 136.2 CE y 13 LOTCu.

Por consiguiente no podrá el Tribunal imponer a los OCEX, en virtud de su respectiva autonomía, las normas específicas que se refieran al funcionamiento de los órganos, los procedimientos a través de los cuales ejerzan la función verificadora, los ámbitos y áreas concretos sobre los que haya de recaer aquélla, las normas de fiscalización, el contenido de los informes en los que se recojan los resultados del control que aquéllos deben remitir a las respectivas Asambleas, o la emisión de documentos que contengan una declaración definitiva sobre la Cuenta General de la Comunidad. Unicamente podrá el Tribunal de Cuentas requerirles para que los resultados de las fiscalizaciones que

se remitan, incluyan los extremos que el art. 13.1 LOTCu precisa para la elaboración del Informe Anual.

El Tribunal Constitucional insiste en los mismos principios. Tiene declarado respecto de ámbitos en que incide la actividad de diferentes entes públicos –*«la de las Comunidades Autónomas, en primer lugar, pero también las del Estado y otros entes territoriales e institucionales»*– que *«se acentúa la necesidad de una específica coordinación, que, como hemos declarado en anterior ocasión, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema y que, por lo mismo debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias»* (STC 32/1983, de 28 de abril; 42/1983, de 20 de mayo; 11/1984, de 2 de febrero; 144/1985, de 25 de octubre; 227/1988, de 29 de noviembre, entre otras).

Además, *«la proyección sobre un mismo medio físico (...) de títulos competenciales distintos a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas, impone la colaboración entre ambas Administraciones, colaboración que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías (...). Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas (...)»*.

Cuando el Estado *«ejerce sus competencias sobre el territorio de una Comunidad Autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo a los puntos de vista de ésta (STC 56/1986; 103/1989; 149/1991; 102/1995 y concordantes), y cumpliendo el deber de colaboración ínsito a la estructura misma del Estado de las Autonomías»* (STC de 22 de enero de 1988).

Ni la LFTCu ni la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional han logrado fijar las reglas específicas o líneas directrices sobre las que deban asentarse las relaciones entre los distintos órganos fiscalizadores. Tampoco ha existido una iniciativa fructífera que haya cuajado a título institucional entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX. Ha sido la práctica en el ejercicio de la función la que ha contribuido a precisar los cauces de comunicación.

Siendo así que de este modo se han abierto vías de cooperación adecuadas, se hace preciso analizar los logros conseguidos hasta ahora en el desarrollo de la referida actividad por el Tribunal de

Cuentas y los OCEX, de forma que se pueda profundizar y avanzar en ellos.

Se considera esencial ahondar en las relaciones para mejorarlas mediante el establecimiento de unas bases comunes precisas y uniformes. Éstas habrán de perseguir una doble finalidad. Por una parte, hacer posible el ejercicio de la fiscalización por cada uno de los órganos, con plena autonomía en el desarrollo de sus respectivas competencias; por otra, facilitar la comunicación entre ellos al objeto de conseguir la máxima eficacia, economía y homogeneidad en el desarrollo de su actividad, de modo que la función de los entes fiscalizadores resulte útil y sea a la vez especializada e integradora de la totalidad de la gestión pública.

IV. La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid: análisis sistemático

Una vez examinadas las circunstancias que han motivado la sucesiva creación de OCEX y los postulados esenciales que constituyen los pilares básicos de su organización y funcionamiento, sin los que no podría admitirse ni legitimarse su existencia, se procederá a realizar un examen particularizado de las características propias de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.

Serán constantes las referencias que se hagan a lo largo de este punto a los temas tratados como cuestiones generales, y sin cuya previa exposición sería imposible comprender claramente las razones que en cada caso motivaron e inspiraron el proceso de elaboración de la norma reguladora de dicho órgano de control.

A) Naturaleza y caracteres

El 29 de abril de 1999 se aprobó la Ley de creación de la Cámara de Cuentas de Madrid. Esta norma encuentra su fundamento en el art. 44 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de 1983, modificado en julio de 1998 con el fin de adaptarse a lo dispuesto en el art. 1.2 LOTCu, que atribuye el control económico y presupuestario de la Comunidad a dicha institución sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas constitucionalmente reguladas.

Se configura, como los demás OCEX con excepción de la Cámara de Comptos de Navarra, como un órgano vinculado a la Asamblea

Legislativa autonómica, que en el ejercicio de sus funciones debe actuar con independencia técnica y sometimiento al Ordenamiento jurídico.

La Ley de 1999 se encarga de establecer una serie de garantías al efecto que, en aplicación de lo ya expuesto con carácter general para todos los órganos fiscalizadores, persiguen hacer posible tal independencia. Entre ellas se destacan la autonomía presupuestaria y organizativa (art. 3, núms. 2 y 3). La Disposición Transitoria Tercera de la Ley contiene a este respecto un mandato a la Cámara de Cuentas para que elabore un proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento que habrá de remitir a la Asamblea para su aprobación, nota ésta común a todos los OCEX.

Una parte de la doctrina ha estimado que la intervención de la Asamblea en este trámite supone una falta de autonomía reglamentaria para desarrollar lo establecido en la Ley de creación de la institución fiscalizadora en lo que se refiere a su estructura y funcionamiento, lo que merma la libertad de dicho órgano frente a la Asamblea. Otros autores, por el contrario, estiman que con ello se trata de resaltar la órbita orgánica en la que se mueve como órgano técnico que ilustra al control político, debiendo ser meramente testimonial la intervención de aquélla, y respetuosa de la voluntad del OCEX.

Cualquiera que sea la opinión que se emita al respecto, lo cierto es que al Tribunal de Cuentas se le atribuye potestad reglamentaria plena en materia de régimen interior, puesto que la remisión del proyecto de Reglamento a las Cortes se hará únicamente *«para su conocimiento»* (Disposición Final Segunda). Esto constituye una manifestación de la «supremacía» del Tribunal de Cuentas y del carácter de Órgano constitucional de que le dota el Texto Fundamental.

La Ley de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid hace también especial hincapié en la independencia que ha de garantizarse a la propia institución (art. 1.2) y a sus miembros (art. 32.3). Con relación a éstos se establece un régimen específico de incompatibilidades que les prohibe el ejercicio de otros cargos políticos o funciones administrativas en cualquier entidad pública, así como el desarrollo de toda actividad pública o privada remunerada. Igualmente se recogen las causas de abstención y recusación que habrán de tenerse en cuenta en el ejercicio de sus funciones, y se regulan los motivos concretos de pérdida de la condición de Consejero.

En el caso de que dicha pérdida tuviera lugar por incumplimiento grave de los deberes del cargo, la Ley hace referencia únicamente a

su necesaria apreciación por la mayoría cualificada de tres quintos de los miembros de la Asamblea reunidos en Pleno, mayoría que coincide con la precisa para su elección. Sin embargo, no se contempla la necesidad de tramitar un expediente contradictorio en el que se oiga al Consejo afectado, como hace la LFTCu (art. 25.2), ni se remite para el procedimiento a norma alguna de desarrollo de la Ley reguladora de la institución, como se prevé para otros OCEX. Ello no obstante debe entenderse que los principios generales del Derecho exigen que, en dicho supuesto, se siga un procedimiento en el que se dé intervención al afectado, ya que de otro modo podría vulnerarse el derecho de audiencia constitucionalmente protegido, y causarle indefensión.

Como norma de cierre del sistema de garantías establecidas para asegurar la independencia de los Consejeros, se fija un plazo durante el cual aquéllos no pueden haber desempeñado funciones relacionadas con la gestión de fondos públicos en cualquiera de las entidades pertenecientes al sector público autonómico, ni deben haber sido perceptores de subvenciones con cargo al mismo.

Con esto se pretende evitar que los responsables del control intervengan en la verificación de las operaciones en que previamente hubieran participado como gestores, de forma que no se contamine el ejercicio de su función fiscalizadora.

Si bien dicho límite se recoge en las normas reguladoras del Tribunal de Cuentas y de los demás OCEX, lo especialmente loable de la Ley de la Cámara de Cuentas de Madrid es que, mientras el período oscila en aquéllos entre uno y dos años, en la Ley de 1999 se eleva a cinco; lo que, dados los plazos establecidos para la fiscalización, asegura el alejamiento del controlador de la actividad verificada.

B) Composición y organización

La Cámara de Cuentas de Madrid se constituye como una institución colegiada formada por siete Consejeros elegidos por la Asamblea de la Comunidad, por mayoría cualificada de tres quintos. Caso de no alcanzarse este porcentaje, se prevé para la elección un curioso sistema mayoritario a tres votaciones, exclusivo de este OCEX. En la primera de ellas se vota un solo nombre y resulta elegido Consejero el que tenga mayor número de votos. En las otras dos serán designados tres Consejeros respectivamente en cada una, pudiendo votar cada Diputado un solo nombre, y resultando elegidos los que obtengan más votos.

Como ocurre en la mayor parte de los OCEX, el nombramiento de los Consejeros elegidos por la Asamblea corresponde al Presidente de ésta y se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad. La duración del mandato es de seis años, siguiéndose de este modo la tendencia de otros órganos de igual naturaleza. Esta práctica persigue erigirse en garantía de independencia de los miembros de la Cámara de Cuentas, al no hacer coincidir su mandato con el de la Asamblea que la designó.

El Presidente de la Cámara se elige por los Consejeros de entre ellos, por mayoría absoluta, por toda la duración del mandato. Le nombra, igualmente, el Presidente de la Asamblea y únicamente cesará por la pérdida de la condición de Consejero (fallecimiento; final de mandato; renuncia; incapacitación; inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos, declaración de responsabilidad civil por dolo o condena por delito doloso, declarados por sentencia judicial firme; o incumplimiento grave de los deberes del cargo apreciado por la Asamblea).

Son órganos de la Cámara de Cuentas: el Consejo (integrado por los siete Consejeros, uno de los cuales será el Presidente y otro el Vicepresidente), el Presidente, el Vicepresidente (que se nombra por el Presidente de la Cámara a propuesta del Consejo, cesando en el cargo únicamente por la pérdida de la condición de Consejero), los Consejeros y la Secretaría General (cuyo título es designado por el Consejo de entre funcionarios de las categorías que establece la Ley).

C) La función fiscalizadora

— Ambito y alcance

La función esencial que la Ley atribuye a la Cámara de Cuentas es la propia de los demás OCEX, la fiscalización de la actividad económica, presupuestaria, financiera y contable del sector público de la Comunidad.

Dicha fiscalización habrá de alcanzar a la verificación de la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos públicos y al análisis de la utilización de los recursos atendiendo al grado de cumplimiento de los objetivos, al coste de los medios elegidos para su consecución y a la adecuación de su empleo. Asimismo, se extenderá al control de la contabilidad pública contrastando que refleje correctamente la realidad económica del sujeto controlado. En consecuencia, la Ley se inclina por un sistema de control de regularidad y operativo.

A la hora de definir el ámbito delimitador de las competencias de un órgano fiscalizador se plantea la cuestión de si debe optarse por una configuración estructural o funcional. Si se resuelve en favor de la primera solución, dicho campo sólo estaría integrado por las Administraciones públicas y las entidades a ella reconducibles (delimitación subjetiva). Si la conceptuación aceptada fuera la funcional, habría de incluirse en el mismo a otros sujetos de distinta naturaleza, en la medida en que lleven a cabo una actividad de gestión o administración de recursos públicos (delimitación objetiva).

La Ley reguladora de la Cámara de Cuentas de Madrid, siguiendo el modelo del Tribunal de Cuentas y de los demás OCEX, adopta una postura mixta, ya que incluye en su marco de actuación al sector público autonómico en sentido estricto y a otras entidades o personas en cuanto actúan como gestores de fondos públicos de la Comunidad.

A efectos del ejercicio de la función fiscalizadora, el sector público autonómico está integrado por la Administración de la Comunidad y sus Organismos autónomos, sus entes y empresas públicas, las Universidades públicas de aquélla, los Organismos, entes y sociedades de ellos dependientes; las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria; y las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad, sus Organismos Autónomos, entes públicos y empresas públicas.

Además están sujetos al control de la Cámara las aportaciones a Consorcios, Fundaciones públicas o a cualquier otra entidad, procedentes de los sujetos integrantes del sector público madrileño, así como las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas concedidas por aquél, y las exenciones y bonificaciones fiscales directas y personales. En estos casos, la fiscalización no podrá recaer sobre las entidades o personas afectadas sino solamente sobre las operaciones de gestión de los fondos públicos que hubieran realizado.

Por lo que se refiere a la verificación por la Cámara de Cuentas de las Corporaciones Locales ubicadas en el territorio de la Comunidad de Madrid, habrá de estarse a la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional (STC 187/1988). Éste declara que el control que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas en virtud del art. 4.1.c) LOTCu y que recoge expresamente la propia Ley de Bases de Régimen Local, no excluye el de los OCEX. Sin embargo, vincula la participación de éstos a la existencia de *«competencia constitucional y estatutaria de las Comunidades Autónomas ... en materia de régimen local y, en concreto, en relación con las actividades financieras de los entes locales»*. En el caso de la Comunidad de Madrid no se plantea problema alguno de

legitimación, ya que su Estatuto de Autonomía contiene la previsión adecuada al respecto.

El Alto Tribunal justifica que la existencia de diversas fuentes que nutren las Haciendas locales (entre ellas, la participación en tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas), así como la complementariedad de las mismas, hacen plenamente explicable la existencia de controles de legalidad, tanto en relación con la extensión y gestión de ingresos de carácter propio como con la utilización de los procedentes de otras fuentes. Incluso, y en conexión con los límites de la autonomía en materia económico-financiera, plantea el fundamento relativo a la defensa del patrimonio del Estado o de los entes públicos frente a sus administradores, defensa que limita los poderes de disposición de las Administraciones públicas, *«sujetandolas a un control incluso de oportunidad»*.

Ahora bien, expresa la STC 187/1988 que *«esta actividad fiscalizadora (...) no puede interferir en la autonomía que el art. 140 CE reconoce a los entes locales. A este respecto es preciso recordar que, como ha declarado este Tribunal, el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias realizado por el Estado o por las Comunidades Autónomas en los casos y forma predeterminados por el legislador, habida cuenta de la posición de superioridad de uno y otras sobre las entidades locales. Pero nunca podrá tratarse de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una situación de subordinación o de dependencia cuasi jerárquica respecto de la Administración estatal o autonómica, sino de controles de carácter concreto, que habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los de aquéllas»*.

Una vez delimitado el ámbito subjetivo sobre el que recae la fiscalización de la Cámara de Cuentas, la Ley reguladora determina su alcance objetivo. Éste se extiende a la Cuenta General de la Comunidad y a las cuentas parciales; a las de los demás sujetos integrantes del sector público madrileño; a las modificaciones presupuestarias; la situación y variaciones del patrimonio de dicho sector; los contratos de cualquier naturaleza celebrados por el mismo; la utilización de los caudales y efectos públicos procedentes de los sujetos que lo integran; la concesión y aplicación de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas otorgadas por el sector público de la Comunidad, y las exenciones y bonificaciones fiscales; así como a la

contabilidad electoral en los términos previstos en la legislación electoral de la Comunidad de Madrid.

Con relación a este último concepto, debe recordarse que el Tribunal de Cuentas conserva la competencia fiscalizadora de la contabilidad anual de los Partidos políticos (art. 11 de la Ley Orgánica 3/1987, sobre Financiación de Partidos Políticos), y de las subvenciones electorales que se hayan aportado por el Estado para las elecciones que se celebren en el conjunto del territorio nacional (arts. 127 y 134 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General).

— *El procedimiento fiscalizador*

El ejercicio de toda función en un Estado Democrático viene condicionado por normas procedimentales que marcan las vías o trámites que deben seguirse desde el comienzo hasta la finalización de la actividad concreta de que se trate. No representa una excepción a este principio el desarrollo de la actuación fiscalizadora que, aparte del sometimiento general al Ordenamiento jurídico que corresponde a todos los Poderes públicos, debe observar determinadas normas de procedimiento específicas a lo largo de las diversas fases en que se desenvuelve.

En el caso de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid dichas pautas se regulan en los arts. 10 y siguientes de la Ley de 1999, que articulan las líneas de unos procedimientos que se tramitarán de oficio.

La iniciativa fiscalizadora se atribuye exclusivamente a la propia Cámara de Cuentas y a la Asamblea de Madrid. Sin embargo, se contempla la posibilidad de que a través de esta última, por la vía de hacer propia una solicitud, los sujetos integrantes del sector público madrileño puedan interesar la actuación verificadora del órgano de control.

La petición de aquéllos ha de tramitarse ante la Asamblea conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara, y se halla sujeta a una limitación, la de venir referida a sí mismos y estar precedida por el acuerdo de los órganos competentes. En este caso, la Asamblea habrá de cuidar que tales solicitudes no pretendan trasladar a un órgano técnico un debate puramente político, y evitar que se provoque la intervención de una institución de control como arma de presión. Es por esto que la mencionada petición de fiscalización no vincula de forma inmediata a la Asamblea.

La Cámara de Cuentas ha de elaborar anualmente un programa previo que contenga las fiscalizaciones que proyecte realizar en el ejercicio, así como las que le solicite la Asamblea. La aprobación de dicho programa corresponde al Consejo de la Cámara y se eleva a aquélla. Es doctrina consolidada que las Asambleas o Parlamentos no pueden abrumar a los OCEX con peticiones de fiscalización, hasta el extremo que mermen o limiten la iniciativa de la propia institución de control por falta de presupuesto o de recursos materiales o personales, y condicionen con ello la orientación de su actividad.

Todas las entidades integrantes del sector público autonómico quedan sometidas a la obligación de rendir a la Cámara las cuentas legalmente establecidas de sus operaciones. A la Intervención General de la Comunidad corresponde la formación de la Cuenta General de aquélla, que deberá remitirse a la Cámara antes del 31 de julio del año siguiente al que se refiera.

Las Corporaciones Locales rendirán directamente sus cuentas a la Cámara según lo previsto en la Ley de Haciendas Locales, dentro del mes siguiente a la aprobación por el Pleno de la Corporación. Los demás sujetos que forman dicho sector público tienen la obligación de rendirle sus cuentas con arreglo al respectivo régimen de contabilidad, en el mes siguiente a la aprobación de las mismas o, en su caso, de la finalización del plazo para hacerlo.

Los perceptores o beneficiarios de ayudas con cargo a fondos públicos autonómicos, así como los particulares que administren, custodien o recauden tales fondos o valores, también están sometidos a la rendición de cuentas en los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico correspondiente.

Las cuentas remitidas a la Cámara serán examinadas y comprobadas, en su caso, con los justificantes en que se apoyen. La Ley de 1999, como en general las normas reguladoras de los demás OCEX y del propio Tribunal de Cuentas, es bastante parca en lo que se refiere a preceptos procedimentales de desarrollo material de la función fiscalizadora.

Unicamente contiene la mencionada Ley escuetas especialidades para la verificación de la Cuenta General (que requiere su contraste con las cuentas parciales que deban rendirse), de las que deben presentar los perceptores de ayudas y subvenciones (que se extenderá tanto a la comprobación de que las cantidades se han aplicado a las finalidades para las que fueron concedidas, como a sus resultados), de los contratos (que alcanzará a todo el procedimiento de contratación),

de la situación y variaciones del patrimonio del sector público autonómico (que se efectuará a través de los inventarios y de la contabilidad legalmente establecida, y comprenderá la correspondiente a tesorería, empréstitos y demás formas de endeudamiento con sus aplicaciones y empleos), y de las modificaciones presupuestarias (que para los créditos extraordinarios y suplementarios se limita al empleo o aplicación concreta, y en los demás casos, a la observancia de lo dispuesto en la Ley de Hacienda de la Comunidad respecto de la tramitación del expediente de concesión y empleo o aplicación del crédito).

Las respectivas cuentas se deben remitir a la Cámara acompañadas de los documentos justificativos de las partidas que exijan las leyes y reglamentos. La excepción a esta regla la constituye el tratamiento que se da a los justificantes de las partidas contenidas en la Cuenta General de la Comunidad, que quedarán en poder de los respectivos Centros Gestores y de la Intervención General, a disposición de la Cámara.

Se contempla igualmente en la Ley del OCEX de la Comunidad de Madrid, el deber de colaboración que aquél podrá exigir a todas las entidades que constituyen el sector público autonómico. Éstas quedarán obligadas a suministrarle cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite en el ejercicio de sus competencias. Este mismo deber se extiende a cualesquiera personas respecto de los bienes, fondos o caudales públicos que tengan en depósito, custodia o administración, o en cuya gestión hayan participado, así como a los perceptores de subvenciones o ayudas con cargo al sector público autonómico.

El requerimiento de colaboración se hará efectivo por el Presidente de la Cámara, y se dirigirá al Consejero de Hacienda de la Comunidad o al titular del órgano que tenga la representación de las Corporaciones Locales o Universidades; aun cuando, si se considera oportuno, podrá destinarse también al funcionario o autoridad correspondiente. En el caso de las subvenciones, la Cámara se dirigirá directamente al beneficiario.

Se establecen una serie de medidas para el caso de que la colaboración solicitada no fuese atendida o se obstruya o dificulte el ejercicio de la función fiscalizadora. Dichas medidas son: el requerimiento conminatorio, la propuesta de exigencia de responsabilidades y la comunicación del incumplimiento al respectivo órgano de gobierno y, en todo caso, a la Asamblea de Madrid. Sin embargo, como ocurre con los demás OCEX y con el propio Tribunal de Cuentas, estos instrumentos carecen de efectividad real para el desarrollo de la actividad fiscalizadora puesto que no se prevé procedimiento coercitivo para obligar al cumplimiento.

Es función del Presidente de la Cámara la asignación a los Consejeros de las tareas a desarrollar de acuerdo con el programa de fiscalizaciones aprobado. A aquéllos corresponde impulsar las actuaciones que se les encomienden, dirigir, coordinar y aprobar los trabajos de las unidades de fiscalización que de ellos dependan, y elevar al Presidente los resultados de las mismas para su aprobación por el Consejo.

Se permite a la Cámara de Cuentas que, para el desarrollo de actuaciones específicas, contrate a personas físicas o jurídicas ajenas a la Institución. La especificación que hace la propia Ley reguladora con relación al ámbito en que pueden intervenir tales expertos, pone de manifiesto el carácter excepcional que se les atribuye desde perspectivas cualitativas y cuantitativas.

Una vez tramitado el procedimiento fiscalizador y antes de redactar el informe definitivo que se remite a la Asamblea, se pondrán de manifiesto los resultados de la actuación de la Cámara a los organismos o personas interesadas (sujetos fiscalizados) para que, en el plazo que se fije, puedan realizar las alegaciones y aportar la documentación que consideren pertinente. Asimismo, a la vista de ésta, podrá comunicar la Cámara las medidas adoptadas o que estén previstas para la mejora de la gestión criticada.

El sentido del trámite de alegaciones en cualquier procedimiento de fiscalización no puede ser otro que permitir que el destinatario de los informes conozca la opinión de la entidad fiscalizada sobre el resultado del control. Es una fase que tiene, por una parte, un carácter de garantía similar al de la audiencia establecida en la legislación administrativa y, por otra, la virtualidad de dotar de mayores elementos de juicio a la Asamblea en el momento de considerar los informes de la Cámara y adoptar las resoluciones consecuentes.

Debe advertirse que las manifestaciones, aclaraciones o datos que se aporten por los gestores no gozan de la naturaleza jurídica propia de las alegaciones, sino que son parte del proceso de formación de la opinión de la Cámara que podrá proponer en su caso modificaciones de las conclusiones inicialmente formuladas. La no utilización del trámite de audiencia por los fiscalizados debe valorarse en cada caso concreto, sin que equivalga automáticamente a la aceptación del proyecto.

El procedimiento fiscalizador terminará con la aprobación del Informe definitivo por el Consejo de la Cámara.

— *Técnicas de fiscalización*

El control económico-financiero del sector público ha evolucionado desde el exclusivo examen de las cuentas de gastos e ingresos, a la elaboración y emisión de una opinión razonada sobre la representatividad de los estados financieros y a la valoración de la gestión de fondos públicos en cuanto ésta hace referencia al sometimiento a los principios de eficacia, eficiencia y economía.

La evolución en el proceso del control, consecuencia del cambio en la gestión misma, ha de ir acompañado de una renovación de los medios materiales e instrumentales en que éste se formaliza y concreta. Estos nuevos objetivos del control serían difícilmente alcanzables si no se apoyasen en técnicas de auditoría, aspecto muy positivo incluido por la Ley de la Cámara de Cuentas en el ámbito de la fiscalización.

Como hacen otras normas de creación de OCEX, la Ley del órgano verificador de la Comunidad de Madrid prevé que se elabore un manual en el que se recojan las técnicas y procedimientos de auditoría que se vayan a aplicar en la fiscalización de la gestión. El carácter vinculante o meramente orientativo de tal manual vendrá determinado por el acuerdo que adopte al respecto el órgano competente para su aprobación.

Como garantía del ejercicio de la fiscalización se impone a la Cámara el análisis de eficacia de los sistemas de control de legalidad y regularidad internos, evaluando las estructuras y procedimientos de la gestión económico-financiera. Para esto, la Cámara podrá utilizar los datos de cualquier función interventora o de control interno efectuado por los sujetos del sector público.

Con relación a esta técnica de contraste de la eficacia de los órganos de control interno, el Preámbulo de la Ley de 1999 hace una afortunada mención a la Declaración de Lima de INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores); Carta Magna que contiene, como expresa su Exposición de Motivos, opiniones consensuadas sobre la *«mejor práctica»* de la auditoría del sector público, que constituyen un paso importante en el desarrollo de las reglas de fiscalización verdaderamente internacionales, y que pueden dar respuesta a necesidades particulares de los países en que las Entidades

Fiscalizadoras Superiores están organizadas como Tribunales de Cuentas.

Es una ocasión perdida el hecho de que, después de haberse hecho alusión a la Declaración de Lima, la referencia haya quedado circunscrita a un aspecto tan limitado como es la verificación de la eficacia de los órganos de control interno, cuando podía haberse extendido a las múltiples facetas que aquélla integra.

La Ley de la Cámara de Cuentas se remite a un futuro Reglamento de Organización y Funcionamiento que, como se ha expuesto, se aprobará por la Asamblea de Madrid a propuesta del Consejo de la Cámara. En desarrollo de dicha norma, aquél dictará disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la función fiscalizadora. También deberá aprobar los criterios y técnicas comunes de control que garanticen la mayor eficacia de los resultados y eviten la duplicidad de actuaciones con el Tribunal de Cuentas, respetando siempre el principio constitucional de supremacía que del mismo se predica.

Finalmente, la Ley de 1999 incluye las normas que regirán con carácter supletorio los procedimientos de fiscalización; en concreto, se hace referencia a los preceptos contenidos en la LOTCu y en la LFTCu, así como en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

— *Los informes de fiscalización*

El resultado de la función fiscalizadora se expondrá por medio de informes en los que se harán constar los aspectos que se incluyen en el ámbito objetivo sobre el que recae; esto es, la observancia del principio de legalidad, la racionalidad en la ejecución del gasto, el cumplimiento de las previsiones presupuestarias de los sujetos fiscalizados y su resultado económico-financiero.

También se deben recoger en los informes las propuestas que se consideren pertinentes para la adopción de medidas encaminadas a la mejora de la gestión del sector público autonómico y de los procedimientos de control interno, así como de la eficacia y la eficiencia de los servicios prestados por dicho sector.

Finalmente, se plasmarán las infracciones o prácticas irregulares que se observen, así como las medidas que se consideren adecuadas para depurar las posibles responsabilidades. En este último supuesto, habrá de comunicarse y, en su caso, pasarse el tanto de culpa a la Administración competente, a la Jurisdicción ordinaria o al Tribunal

de Cuentas, según la naturaleza de la responsabilidad o, si concurren las circunstancias, a la denominada Fiscalía Anticorrupción, para que desarrollen las funciones que les son propias.

Los informes de fiscalización, a los que se unirán las alegaciones y documentación presentada por los fiscalizados, se integrarán en una Memoria Anual que la Cámara remitirá a la Asamblea antes del 31 de diciembre de cada año, tras ser aprobados por el Consejo. También se prevé la emisión de informes especiales relativos a la función de fiscalización, que se elaborarán a petición de la Asamblea de Madrid o por propia iniciativa de la Cámara cuando concurran razones de urgencia.

Los informes definitivos se notificarán a «las entidades o personas interesadas». El empleo de esta expresión induce a confusión. En efecto si se entiende en sentido general, puede interpretarse que si el objeto de la fiscalización es la gestión económico-financiera del sector público autonómico, serán «interesados» los que le representen en el momento de emisión del informe; sin embargo, si se opta por un concepto estricto referido al control específico de cada uno de los actos de gestión, lo serán también los gestores y representantes de las entidades del sector público que lo fueran en el periodo fiscalizado. Habrán de ser el futuro Reglamento de Organización y Funcionamiento así como las disposiciones de desarrollo de aquél en lo que afecta a la función fiscalizadora, los que delimiten el alcance del precepto.

La Ley de la Cámara de Cuentas contiene una norma especial para los resultados de la verificación de la Cuenta General de la Comunidad y de las Cuentas de las Corporaciones Locales. Dicha disposición establece que el informe sobre las mismas ha de incluir la Declaración sobre fiabilidad y exactitud de las cuentas presentadas, sin que se especifique su contenido y alcance

Tal Declaración, para la que se utiliza la misma terminología que la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas Europeo, tiene un carácter similar a lo que la LOTCu denomina» Declaración definitiva» (que ha de emitir el Pleno del Tribunal de Cuentas una vez efectuado el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado). En uno y otro caso, resulta bastante confusa cual sea su naturaleza y finalidad.

La Memoria Anual y los informes especiales aprobados por la Cámara se han de publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, y se tramitarán en la Asamblea de conformidad con lo previsto en el Reglamento de la misma; en concreto, a través de la Comisión competente en materia de Presupuestos.

Será el Presidente de la Cámara de Cuentas, asistido en su caso por el Consejero que haya dirigido las funciones de control y el personal de aquélla que se estime conveniente, el que comparezca ante la Asamblea para presentar y hacer las aclaraciones pertinentes sobre los informes remitidos. La Asamblea adoptará una o varias Resoluciones sobre la Memoria Anual y los informes especiales, que también se publicarán en el Periódico Oficial de la Comunidad. Habrán de tenerse en cuenta en este punto las advertencias que, para evitar la inadecuada utilización política de los informes de la Cámara, se han efectuado en la parte general de este estudio.

Las relaciones entre la Cámara de Cuentas y la Asamblea de Madrid no terminan en la remisión y tramitación de las memorias e informes de fiscalización. En efecto, antes del 1 de abril de cada año, la primera habrá de elevar a la segunda una memoria de las actuaciones realizadas en el ejercicio inmediato anterior. La liquidación del Presupuesto de la Cámara deberá presentarse por su Presidente antes de finalizar el primer trimestre del ejercicio posterior al que se refiere la liquidación. Además, el Presidente de aquélla habrá de comparecer ante la Asamblea cuantas veces sea requerido para informar de los asuntos que se le soliciten.

Cuestión interesante es la relativa a los efectos de los informes de fiscalización aprobados por la Cámara de Cuentas de Madrid. Éstos no tienen por sí mismos fuerza ejecutiva, entendida como potestad de obligar a la entidad fiscalizada al estricto cumplimiento de cuanto en ellos se señale. Desde el punto de vista formal es lógico que así sea ya que no es la Cámara a quien, en último extremo, corresponde la titularidad del control del sector público autonómico en sentido amplio –cosa distinta es la fiscalización–. El destino legal de los informes es la Asamblea, y sólo adquieren efectividad formal cuando la misma aprueba la correspondiente Resolución.

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que los informes de la Cámara de Cuentas carezcan de efecto alguno entre tanto no se conozcan y acepten por aquélla. Por el contrario, los informes aprobados y no tramitados por la Asamblea tienen ciertas características y efectos relevantes. Por una parte, han sido objeto de alegaciones y justificaciones por la entidad fiscalizada, lo que supone ya una trascendencia externa; por otra, no podrán ser modificados por la Asamblea sin perjuicio de la facultad de ésta de pedir ampliaciones o nuevos informes.

Tales documentos están dotados de un contenido técnico independiente de la Asamblea, ya que la Cámara ha de informar a aquélla del

grado de cumplimiento por el sector público de las observaciones emanadas de la misma, así como de los resultados obtenidos en orden a la corrección de las infracciones, abusos o prácticas irregulares por ella detectadas. Además, los informes han podido dar origen a la iniciación de procedimientos de diverso tipo según las responsabilidades que se hayan evidenciado; en concreto, si son contables, habrán de comunicarse al Tribunal de Cuentas para que inicie, en su caso, la pieza separada previa al juicio de cuentas o la instrucción del procedimiento de reintegro por alcance.

Finalmente, debe advertirse que la Memoria Anual que se envía a la Asamblea no es una mera suma de los informes parciales que resulten de cada fiscalización sino una integración de los mismos, de modo que se pueden deducir de ella principios y prácticas genéricas del sector público autonómico, lo que implica una apreciación o valoración.

En cualquier caso no ha de olvidarse que la Cámara de Cuentas, al igual que los demás OCEX, ha de cumplir una serie de obligaciones en relación con el Tribunal de Cuentas que, como se ha examinado, se fundamentan en los principios de supremacía de éste y necesaria coordinación de los órganos fiscalizadores, impuestos por el bloque de constitucionalidad.

Tal deber se asume expresamente por el art. 44 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid al disponer, *«sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas de acuerdo con lo establecido en los arts. 136 y 153.d) de la Constitución»*. Las relaciones se habrán de canalizar a través del Presidente de la Cámara de Cuentas, a quien corresponde la representación de la misma.

Entre las mencionadas obligaciones debe destacarse la de remisión al Tribunal de Cuentas de los informes elaborados por la Cámara, con objeto de hacer posible a aquél el cumplimiento de la función que le atribuye la CE respecto del Informe Anual. Una vez recibidos, el Tribunal procederá a su tramitación siguiendo el mismo procedimiento que para los informes del resto de los OCEX; mecanismo que ya se ha analizado en la parte general de esta exposición.

D) Otras funciones de la cámara de cuentas

Aun cuando cuantitativa y cualitativamente la función principal de la Cámara de Cuentas de Madrid es la fiscalizadora, no puede ignorarse que tiene atribuidas otras competencias por su Ley reguladora, lo que contribuye a enriquecer su naturaleza.

Así, se le dota de una potestad de asesoramiento a la Asamblea de Madrid en materia económico-financiera, en todo lo relacionado con las materias propias de su competencia. Con ésta se persigue, según establece el Preámbulo de la Ley de 1999, *«poner a disposición de la Asamblea y del Gobierno su experiencia y conocimientos técnicos, de manera que sirvan y coadyuven al mejor ejercicio de sus competencias respectivas»*.

La regulación de la función consultiva de la Cámara de Cuentas de Madrid es especialmente avanzada, y sigue las pautas que para la misma se confieren al Tribunal de Cuentas Europeo y a las Entidades Fiscalizadoras Superiores de varios Estados miembros de la Unión Europea [10].

La primera nota que caracteriza la función asesora de la Cámara es la de que su solicitud corresponde a la Asamblea de Madrid y al Gobierno de la Comunidad; aunque en este último supuesto ha de ejercitarse por conducto de aquélla.

El segundo elemento que la distingue de los demás OCEX radica en el alcance de que se dota a la función, ya que se amplía para servir de apoyo a las instituciones que desempeñan la potestad legislativa participando en los procedimientos que impliquen creación o distribución de ingresos y gastos públicos, incluida la elaboración de disposiciones legales o reglamentarias; en concreto, respecto de Proyectos, Proposiciones de Ley y disposiciones de carácter general. En cualquier caso, su solicitud no tiene carácter vinculante.

Las materias objeto de dictamen de la Cámara de Cuentas son las relativas a la gestión económico-financiera del sector público y su control; en particular, procedimientos presupuestarios, contabilidad pública, intervención y auditoría.

El plazo máximo para la emisión de dictámenes es de quince días desde la solicitud, y el órgano competente para aprobarlos es el Consejo de la Cámara.

Una vez expuestas las funciones propias del OCEX de la Comunidad de Madrid, la Ley reguladora se refiere a las competencias que le corresponden por delegación del Tribunal de Cuentas en los términos previstos en la LOTCu. A estos efectos, el art. 26.3 de la misma

[10] *«Las funciones consultivas del Tribunal de Cuentas en el ámbito de la Unión Europea»*. María José de la Fuente y de la Calle. Rev. Comunidad Europea Aranzadi, mayo 1998.

prevé la posibilidad de delegar en los OCEX la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quiénes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos autonómicos.

Fue precisamente la atribución directa de tal facultad al correspondiente OCEX que realizaron las Leyes creadoras de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña y del Consejo de Cuentas de Galicia, lo que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que lo contemplaban, por las Sentencias del Tribunal Constitucional 187/1988 y 18/1991.

En las mismas se dispone que los artículos impugnados «*vienen a contradecir el diseño que la Ley Orgánica 2/1982 lleva a cabo de las funciones del Tribunal de Cuentas, por conferir (...) competencias que deben inscribirse en la función de enjuiciamiento de responsabilidades contables que corresponde en exclusiva al Tribunal (...)*». «*Como se colige fácilmente se trata de actuaciones* (las de instrucción de los procedimientos jurisdiccionales) *que no deben reputarse de fiscalizadoras sino como directamente orientadas al enjuiciamiento y en su caso exigencia de responsabilidades y por tanto incluidas en el procedimiento enjuiciador y reservadas al Tribunal de Cuentas*».

En el supuesto de que en el ejercicio de la función fiscalizadora la Cámara advirtiera la existencia de algún indicio de responsabilidad contable en quienes recauden, intervengan, administren, manejen, custodien o utilicen bienes o caudales públicos, dará traslado de las actuaciones practicadas al Tribunal de Cuentas a los efectos previstos en la normativa propia; esto es, para que tramite las diligencias preliminares y, en su caso, instruya un procedimiento de res-ponsabilidad contable por alcance o por un supuesto distinto de aquél, o delegue a la Cámara tal instrucción si lo considera oportuno.

La delegación de las actuaciones previas (instrucción) en los OCEX se ha fundamentado en la voluntad de aproximar la preparación de los procedimientos al origen de la constatación de las posibles responsabilidades; esto es, a la fiscalización. Así, del mismo modo que la tramitación de las piezas separadas (instrucción de los juicios de cuentas) se atribuye por la LFTCu al Consejero del Departamento del Tribunal de Cuentas que hubiera dirigido el procedimiento fiscalizador, se argumenta que cuando éste se hubiera llevado a efecto por un OCEX será el mismo el que tenga mayor conocimiento de los hechos y más fácil el acceso a completar los antecedentes.

Por consiguiente, son razones de eficacia y economía las que justifican dicha delegación, que será competencia del Pleno del Tribunal de Cuentas, y que podrá afectar a un asunto concreto o a un conjunto de ellos unificados por aspectos cuantitativos, cualitativos o temporales. En cualquier caso, deberá especificarse el alcance en la resolución de delegación.

Por otra parte como se ha referido, el Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo del Pleno, podrá solicitar de los OCEX la práctica de concretas funciones fiscalizadoras tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal. Según expone mayoritariamente la doctrina, este precepto establece una potestad para el Tribunal y un acto debido para el OCEX manifestación del principio de supremacía de aquél, que sólo podrá excusarse por causa suficiente y motivada [11].

V. Reflexiones finales

La proliferación de OCEX que, junto al Tribunal de Cuentas, realizan la función fiscalizadora de la gestión económico-financiera del sector público, ha puesto de relieve la problemática derivada de la insuficiencia de la normativa vigente para delimitar el ámbito de actividad de cada uno y el alcance de los campos sobre los que recae la correspondiente actuación.

Este efecto no sólo se produce respecto de los órganos fiscalizadores sino que se extiende a numerosas facetas de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin embargo, este argumento no puede servir de excusa para admitir la falta de coordinación y las disfuncionalidades en la actuación de las distintas entidades.

Dentro del marco normativo existente es preciso ajustar a las circunstancias de cada momento histórico el funcionamiento de las instituciones, por lo que se hace urgente el replanteamiento de la situación a que está sujeta la actuación de los órganos fiscalizadores.

La descentralización de las funciones relacionadas con el gasto público puede suponer beneficios apreciables en términos de bienestar. Los recursos estatales pueden distribuirse con mayor eficacia si la responsabilidad de cada tipo de gasto se asigna al nivel de gobierno

[11] «*El procedimiento administrativo de gestión presupuestaria y su control*». Alberto Palomar y Herminio Losada. Edit. Dykinson, S.L. 1995.

que mejor represente a los beneficiarios de los respectivos desembolsos. Pero la descentralización puede originar también costos elevados en términos de equidad en la distribución y administración macroeconómica, que pueden causar movimientos migratorios internos no deseables y presiones sociales y políticas [12].

Por consiguiente, se hace esencial una coordinación que no rompa el equilibrio constitucionalmente establecido.

La diversificación de los órganos verificadores coincide además con las nuevas perspectivas del control, que emergen con gran intensidad y que impulsan al mutuo reconocimiento desde el respeto a cada ámbito de actividad, y a la intensificación de la colaboración en aspectos técnicos y jurídicos, de manera que puedan conseguirse órganos fiscalizadores legitimados por su propia eficacia, eficiencia y economía.

Resulta necesario institucionalizar las relaciones entre ellos dentro del pleno respeto a la autonomía de funcionamiento y a la flexibilidad de cada uno en la toma de decisiones. De otro modo, la fiscalización sería ineficaz y desigual en relación con los diversos ámbitos del sector público y no sería posible la fijación de líneas maestras de actuación que permitieran dar cierta homogeneidad y equilibrio a la función definida en el art. 136 CE.

En el marco de la referida institucionalización habrían de fijarse normas conjuntas que recogieran los principios y directrices generales que afecten a campos sobre los que tengan competencia compartida los OCEX y el Tribunal de Cuentas. Habría de fomentarse la coordinación en la elaboración de Programas anuales de fiscalización, así como el intercambio de Planes de actuación con antelación suficiente, de modo que puedan asignarse correctamente y de forma óptima los recursos dedicados al control por cada órgano.

Debería delimitarse el contenido básico a incluir en todo caso en los informes de fiscalización, al objeto de hacer posible al Tribunal de Cuentas la elaboración del Informe Anual que le imponen los arts. 136.2 CE y 13.1 LOTCu. Así mismo, habrían de definirse los aspectos concretos, formas de petición, alcance, límites y ámbito en que haya de desarrollarse por el Tribunal la facultad de solicitar a los OCEX la práctica de concretas actuaciones fiscalizadoras, y especificarse los casos en que pueda no hacerse efectiva tal petición, mediando siempre motivación suficiente y fundamentada.

[12] *«Descentralización del Estado»*. Teresa Ter-Minassian (Departamento del Hemisferio Occidental del FMI). Rev. Finanzas y Desarrollo, septiembre 1997.

Se ha definido el control como *«una actividad que navega entre las olas del límite, el que imponen las leyes, las normas en general y la razón, y las olas del ideal, aquello que todos nos planteamos como meta de imposible consecución»*, con mucho de corrección y bastante de ilusión. *«Ambos, límite e ilusión, son dos conceptos, dos principios que aplicados conjuntamente pueden colaborar al engrandecimiento y a la eficacia del control»* [13].

En consecuencia, un control económico-financiero de la gestión pública aplicado por organismos con un grado de independencia adecuado y con los rasgos técnico-profesionales convenientes, es un presupuesto básico para que la fiscalización, a través de sus relaciones con el Poder Ejecutivo y sobre todo con el Legislativo, pueda contribuir a restablecer la credibilidad de un Estado Democrático eficiente, honesto, transparente en su funcionamiento y en sus gastos, flexible y dialogante. Respecto del que no pueda afirmarse, parafraseando a Anatole France, que *«la fiscalización es hoy la forma más elegante de la indiferencia controladora»*.

Como señala la Declaración de Lima de INTOSAI, la existencia de instituciones fiscalizadoras es tanto más necesaria en la medida en que el Estado extiende sus actividades a distintos sectores socioeconómicos, trascendiendo así su ámbito tradicional de competencias.

Los objetivos específicos del control de finanzas públicas, a saber, la utilización eficaz de los fondos, la búsqueda de una gestión rigurosa, la corrección de la acción administrativa y la información de los Poderes públicos y de los ciudadanos –gracias a la publicación de informes objetivos–, refuerzan la estabilidad y el desarrollo de los Estados y las colectividades.

En este sentido, resulta esencial el papel a desempeñar en el ámbito de la Comunidad de Madrid por la Cámara de Cuentas, como órgano fiscalizador de la actividad económico financiera del sector público de aquélla, que está próximo a iniciar su andadura.

Sería deseable que, partiendo del conjunto normativo que constituye su fundamento jurídico y bajo la influencia de los grandes principios de la Declaración de Lima de INTOSAI, tomara conciencia desde su gestación de que el control desarrollado de forma técnica e independiente, constituye un pilar clave para obtener una gestión eficaz y transparente.

[13] Ramón Muñoz Álvarez. *Opus cit. 1995.*

Para conseguir tales metas a nivel general será precisa la colaboración de todas las instituciones de control externo a nivel autonómico, estatal e internacional. Como señala un eminente filósofo español contemporáneo, Julián Marías, *«lo único que falta es el aprovechamiento por cada uno de lo que aportan los demás. Involuntariamente, desde cada una de las soledades (...), contribuyen a dar ese paso hacia delante en que puede consistir la evitación de la amenazadora decadencia, la entrada fecunda en la innovación exigida por el tiempo que se avecina.*

En suma, la convergencia de esas vocaciones distintas e irreductibles, la fidelidad a cada una de ellas y el descubrimiento- creo que gozoso- de pertenecer a un admirable conjunto imaginario capaz de iluminar la realidad en que estamos sumergidos y a la que pertenecemos...» [14].

[14] *«Convergencia intelectual»*. Julián Marías. Diario ABC, noviembre 1999.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

POR

D. RAMÓN FERNÁNDEZ FLÓREZ.

Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. Desarrollo de la Planta Judicial. Competencia objetiva. Cuestiones de Competencia. Competencia Territorial. El expediente administrativo. Facilidades procesales de la nueva Ley. Breves consideraciones sobre el Procedimiento Abreviado. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo realizaré un análisis de algunas de las cuestiones que afectan a los nuevos Juzgados de lo Contencioso-administrativo una vez que ha transcurrido un año desde su entrada en funcionamiento.

Aún cuanto la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, preveía en sus artículos 90 y 91 la creación dentro del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, no ha sido hasta después de más de una década cuando la previsión legal se ha hecho realidad. La Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, instauró definitivamente en nuestro sistema legal los nuevos órganos unipersonales de lo Contencioso-administrativo, no sin haber sufrido duros embates por parte de los numerosos detractores de los jueces unipersonales, movidos por la desconfianza generada por la, supuesta, falta de formación y experiencia dada la especial transcendencia de los asuntos que les podían corresponder. Fruto de las citadas tensiones, en lugar de crear una primera instancia universal, constituida por órganos unipersonales que conocieran de todas las materias atribuidas a la Jurisdicción, estableciendo un segundo escalón, los Tribunales Superiores de Justicia, que conocerían de los recur-

sos de apelación contra las sentencias de aquellos, ha instaurado un sistema mixto en los que tanto los órganos unipersonales como los colegiados son órganos de primera instancia, habiéndose atribuido a los primeros aquellas cuestiones de menor entidad, continuándose residenciando en los órganos colegiados los asuntos de mayor transcendencia. La nueva Ley de la jurisdicción en el apartado III de su exposición de motivos alude a «Dado que, como se ha expuesto, la Jurisdicción Contencioso-administrativa se enfrenta a un gravísimo problema por la avalancha creciente de recursos, es obvio que la reforma de sus aspectos organizativos debía considerarse prioritaria. La novedad más importante en este capítulo consiste en la regulación de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. La creación de estos órganos judiciales, que previó la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue recibida en su día con división de opiniones. Si, por un lado, parecía imprescindible descongestionar a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo de un buen número de asuntos, por otro surgieron dudas acerca de la idoneidad de los Juzgados, órganos unipersonales, para afrontar el ejercicio de las competencias que habrían de corresponderles en virtud de la cláusula general establecida en la citada Ley Orgánica. Ciertamente, la complejidad técnica de muchos de los asuntos y la trascendencia política de otros que habrían de enjuiciar a tenor de dicha cláusula ha dado origen a una larga controversia, que era necesario resolver para implantar definitivamente los Juzgados. La presente reforma aborda el problema con decisión y con cautela a la vez. Define la competencia de los Juzgados mediante un sistema de lista tasada. En la elaboración de esta lista se ha tenido en cuenta la conveniencia de atribuir a estos órganos unipersonales un conjunto de competencias relativamente uniformes y de menor trascendencia económica y social, pero que cubren un elevado porcentaje de los recursos que cotidianamente se interponen ante los órganos de la Jurisdicción. De esta manera es posible aportar remedio a la saturación que soportan los Tribunales Superiores de Justicia, que se verán descargados de buen número de pleitos, aunque conservan la competencia para juzgar en primera instancia los más importantes «a priori» y toda la variedad de los que se incluyen en la cláusula residual, que ahora se traslada a su ámbito competencial. Por su parte, los Juzgados obtienen un conjunto de competencias que pueden razonablemente ejercer y que parecen suficientes para consolidar la experiencia. Nada impide, antes al contrario, que tras un primer período de rodaje la lista de competencias se revise a la vista de esa

experiencia. De todas formas, es evidente que el éxito de la reforma depende más que nada de la pronta y adecuada selección y formación de los titulares de los Juzgados. No termina aquí la reforma en cuanto a órganos unipersonales. Se regulan también las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, con jurisdicción en toda España, para contribuir a paliar la sobrecarga de trabajo de órganos jurisdiccionales actualmente muy saturados».

La entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo contencioso-administrativo tuvo lugar el día quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, paradójicamente no coincidió con el de la nueva ley que entró en vigor un día antes, a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE nº 176/98, de 14 de julio, pag 23.516).

Desarrollo de la planta judicial

En lo que respecta a la Comunidad de Madrid, se han creado veintisiete Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de los que seis de ellos entraron en funcionamiento en una primera fase, el quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, quedando los otros veintiuno diferidos para el més de junio siguiente. Actualmente todos esos Juzgados funcionan adecuadamente, ostentanto su titularidad sendos magistrados de Carrera, que accedieron tras superar los oportunos cursos de especialización impartidos por el Consejo General del Poder Judicial.

Competencia objetiva

En lo que hace referencia a la regulación de la competencia objetiva, o lo que es lo mismo, los asuntos que les vienen atribuidos por razón de la materia o del órgano administrativo del que proceden, está regulada en el artículo 8 de la nueva Ley de la Jurisdicción, que distingue en sus tres apartados por la administración de la que proceda el acto: local, autonómica y periférica-institucional o corporativa: «Artículo 8:

1. Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recur-

sos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales cuando tengan por objeto:

Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera.

a) Gestión, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de Derecho público regulados en la legislación de Haciendas Locales.

b) Licencias de edificación y uso del suelo y del subsuelo, siempre que su presupuesto no exceda de 250 millones de pesetas, así como las de apertura.

c) Declaración de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles.

d) Sanciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, cuantía y materia.

2. Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo que procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.

b) Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 10 millones de pesetas y cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses, en las siguientes materias:

Tráfico, circulación y seguridad vial.
Caza, pesca fluvial, pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura.
Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
Comercio interior y defensa de consumidores y usuarios.
Espectáculos públicos y actividades recreativas.
Juegos y máquinas recreativas y de azar.

3. Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

4. Corresponde conocer a los Juzgados de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.

5. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública».

Según el Decanato de los Juzgados de lo Contencioso-adminstrativo de Madrid durante 1.999 se recibieron un total de 10.262 nuevos recursos. Hasta el 16 de junio de dicho año, en que se habían recibido 4.184 asuntos que se dividían en 1.900 impugnaciones de actos de las Administraciones Locales, de los que la mayor parte son recursos de sanciones de Circulación de vehículos de motor o sus correspondientes vías de apremio; 316 asuntos en los que se impugnan resoluciones de la Comunidad Autónoma de Madrid que, al igual que en el caso anterior, serán sanciones en su mayor parte; 812 asuntos en los que se impugnan actos de la Administración General del Estado también fundamentalmente sancionadores; 30 asuntos procedentes de la Administraciones Institucional o Corporativa; 333 asuntos en materia de sanciones por infracciones laborales o liquidación de cuotas a la Seguridad Social; 145 en materia de personal; 145 procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de la persona; 164 asuntos en materia tributaria; 196 asuntos relacionados con el urbanismo y apertura o clausura de actividades; 11 procedimientos electorales; 132 procedimientos varios, de los que la mayor parte serán la solicitud de autorizaciones de entrada en domicilios y restantes lugares reservados para ejecutar acuerdos de la Administración. La anterior clasificación utiliza un criterio mixto, ya que en unos casos la cla-

sificación se hace en función del órgano y otros por la materia; pero es un buen punto de partida para realizar una primera aproximación a la naturaleza de los asuntos de los que vienen conociendo los Juzgados de Madrid; en la segunda mitad del año 1.999 lo lógico es suponer que los anteriores porcentajes se habrán mantenido.

El Diario de Noticias «La Ley» publica unos datos facilitados por el Ministerio de Justicia que acreditan que en 1.999 los Juzgados de lo Contencioso-adminitrativo de toda España recibieron más de 64.000 asuntos, habiendo resuelto 32.487 asuntos; siendo la comunidad que más asuntos tramitó la de Andalucía –también es la más extensa- seguida de la de Madrid y Cataluña. Es significativo el elevado número de asuntos resueltos, aproximadamente un 50%, pero al respecto debe aclararse que en muchas ocasiones recursos que se han presentado en los Juzgados finalmente han sido remitidos a los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que causan baja en las estadísticas de los Juzgados, pero no significa que se hayan terminado definitivamente, por lo que se tendrían que proporcionar otro tipo de datos, como las sentencias, autos de archivo definitivo, etc. para determinar el número de asuntos realmente terminados, puesto que el proporcinado parece excesivo ya que, por ejemplo, los Juzgados que iniciaron su actividad en junio de 1.999 todavía no habrán concluido la tramitación de la mayor parte de los procedimientos ordinarios que iniciaron en los meses inmediatos a su entrada en funcionamiento, o no habrán podido celebrar las vistas de los procedimientos abreviados que se presentaran en los últimos meses del pasado año.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Dado que, como se aludio anteriormente, los Juzgados de lo Cotencioso-administrativo no son los únicos órganos de primera instancia, la anterior forma de delimitación de competencias ha generado problemas, especialmente respecto de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo y los Tribunales Superiores de Justicia. Ley 29/98, de 13 de julio, dispone en su artículo 7 que «la competencia será improrrogable, y que deberá ser apreciada, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que

ante él se siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera corresponder a un Tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva éste». En base a éste precepto se han elevado innumerables consultas a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, referidas, básicamente, a las siguientes materias:

Extranjería. Como quiera que las resoluciones al respecto las dicta la Administración Periférica del Estado –Delegación del Gobierno-, en principio en virtud del artículo 8.3 LJ sería competente el Juzgado; el TSJ de Madrid ha declarado, pese a todo, que continúan siendo de su competencia, aún después de su entrada en vigor, ya que son de cuantía indeterminada, y la transcendencia social y económica de las mismas permite incluirlas en la excepción prevista en el párrafo segundo de dicho artículo 8.3 LJ, ya que los supuestos de cuantía indeterminada, se entiende que superan el límite cuantitivo de los diez millones de pesetas (piénsese la expulsión de una persona o una prohibición de entrada en nuestro país, etc.). Este criterio no es compartido por otros TSJ que los atribuyen a los Juzgados.

Sanciones en virtud de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Cuando la sanción la impone la Administración del Estado no hay problema alguno, ya que sería de aplicación el apartado 3 de dicho artículo 8. En cambio, cuando la sanción la impone la Comunidad Autónoma, se plantearon dudas ya que en tales casos los Juzgados únicamente son competentes para las sanciones relativas a «Tráfico, circulación y seguridad vial»; razón por la que se elevaron exposiciones razonadas al TSJ de Madrid, quien asumió la competencia.

De igual forma el TSJM ha declarado su competencia en los procedimientos que versaban sobre licencias y autorizaciones de transporte, por no ser subsumibles en el apartado 2 del citado artículo 8 LJ.

Sanciones sociales impuestas por las Comunidades Autónomas.- Al igual que en el caso anterior, se procedió a elevar las oportunas exposiciones razonadas al TSJ ya que las mismas no aparecen reflejadas en ninguno de los apartados del artículo 8.2.b) de la LJ; el TSJM ha aceptado la competencia y reclamado las actuaciones.

Sanciones y otras resoluciones de las Confederaciones Hidrográficas en materia de su competencia. En tales casos sería de aplicación el artículo 8.3 LJ, que excluye de la competencia de los Juzgados los recursos respecto de actos dictados por «la administración periférica

del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público° y propiedades especiales». Al igual que en el caso anterior, el TSJM ha admitido la competencia.

Elaboración del acuerdo de imposición de contribuciones especiales. El TSJM ha declarado su competencia al entender que se está ante un supuesto equiparable a la creación de una figura impositiva, que excede de la «Gestión, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de Derecho público regulados en la legislación de Haciendas Locales» a que se refiere el artículo 8.1.b) LJ.

Decisiones de la junta electoral de los Institutos de Educación Secundaria en relación con las candidaturas para la elección de miembros del Consejo Escolar; la Sec. 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Madrid decidió que eran de competencia de los Juzgados pese a que su cuantía era indeterminada.

Resoluciones de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras. Dependerá de la materia, pero el TSJM declaró su competencia ante el acuerdo municipal de denegación de la inscripción de los estatutos de una comunidad de propietarios de una urbanización.

Fijación por la Administración Periférica del Estado de los servicios mínimos en una convocatoria de huelga de los Médicos Internos Residentes. El TSJ declaró su competencia por ser de cuantía indeterminada, que se entiende excede del límite de los diez millones de pesetas a que alude el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 8 LJ.

Cuestiones relativas a los premios del juego del Bingo. El TSJ asumió la competencia por ser un tributo que gestiona la Comunidad Autónoma de Madrid, sin que esté recogida tal materia en el artículo 8.2 LJ.

Misecam –Mancomunidad Intermunicipal del Sudoeste de la Comunidad Autónoma de Madrid–; el TSJ entendió que se trata de una entidad local a la que es de aplicación el apartado primero del artículo 8, declarandose competente en un recurso que versaba sobre el acuerdo de retirar sus servicios a un municipio que no estaba al corriente del pago de las cuotas a la Mancomunidad.

Cuestiones de personal. En principio parece que le corresponderían a los Juzgados todos los procedimientos que no tuvieran por objeto el nacimiento o la extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera; respecto del personal laboral no operaría tal excepción. El TSJ Madrid, pese a lo anterior, declaró que eran de su competencia las impugnaciones de los acuerdos de aprobación de plantillas o la aprobación o modificación de las relaciones de puestos

de trabajo ya que se trata de actos administrativos con vocación de permanencia, lo que les equipara a una disposición general.

Sanciones impuestas por la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de Turismo, por acuerdo del TSJM serán competencia de los Juzgados ya que en se engloban en el apartado «Comercio interior y defensa de consumidores y usuarios».

Resolución de la Comunidad Autónoma en relación con viviendas protegidas. Serán competencia del TSJM por no estar comprendidas en el artículo 8.2; así el TSJ asumió la competencia respecto de la denegación de la subrogación de un contrato de arrendamiento de vivienda protegida o las impugnaciones de los acuerdos de adjudicación.

Sanciones de suspensión temporal de la autorización administrativa para conducir impuestas por la Administración del Estado. El TSJ ha declarado que pese a que es difícil su cuantificación económica, son competencia de los Juzgados ya que, conforme a la jurisprudencia del TSJ, pese a su indeterminación es posible la cuantificación, siquiera indiciaria, del importe de la sanción, y que en modo alguno superaría los diez millones de pesetas puesto que el coste de contratar a una persona que condujera el vehículo del actor durante el tiempo de la suspensión no excedería de aquella suma.

Respecto de la Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud e Instituto Nacional de Empleo, se ha planteado cuestión de competencia al Tribunal Supremo por la diferencia de criterios que mantienen los Juzgados de lo contencioso-administrativo con los Juzgados Centrales de tal clase, ya que los primeros entienden que gozan de personalidad jurídica propia y distinta de la de aquel por lo que no pueden encuadrarse en su administración periférica, mientras que estos sostienen que sus estructura territorial –delegaciones provinciales– forma parte de la Administración periférica del Estado; el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado al respecto pese a habérsele elevado la cuestión.

Resoluciones de los Tribunales Económico Administrativos.- Es pacífico, y así ha sido declarado por el TSJ, que son de su competencia en virtud del artículo 10.1.d) LJ.

Competencia territorial

El artículo 14 de la L 29/98 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que con carácter general

será competente territorialmente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado, permitiendo al demandante optar en materia de personal, propiedades especiales y sanciones entre aquel y el correspondiente a su domicilio (regla segunda, apartado primero), salvo que el acto administrativo, por afectar a una pluralidad de destinatarios, resultaren competentes diversos Juzgados o Tribunales en razón del domicilio de aquellos, en cuyo caso la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario imugnado (apartado 2 del citado precepto). Surgen problemas cuando se impugna uno un acto dictado por una comunidad autónoma distinta a la de Madrid, ya que dichas Administraciones suelen invocar la incompetencia territorial de los órganos jurisdiccinales situados fuera de su ámbito. En el caso de los actos dictados por la Administración periférica del Estado (por ejemplo, sanciones de circulación impuestas por los diversos Delegados del Gobierno a residentes en Madrid) no se planean problemas ya que en todo caso la defensa la realizan los Abogados del Estado y en todo caso se trata de normativa estatal publicada en el BOE.

El principio de territorialidad, que preside la estructura del Estado se refleja en la LOPJ, cuyo artículo 30 establece que «el Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y comunidades autónomas». En lo que respecta a ese nivel autonómico, el artículo 152 CE establece que «...un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», añadiendo que «...sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia...». Por lo tanto, cualquier duda en la aplicación de la competencia territorial de los respectivos Juzgados y Tribunales debe resolverse, en principio, aplicando el principio de territorialidad, que establece un límite de sus atribuciones a la respectiva Comunidad Autónoma en la que radican. En éste sentido la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid por auto de 30 de abril de 1.999 se declara incompetente territorialmente para conocer de un recurso interpuesto contra un acto dictado por otra Comunidad Autónoma al admitir que «en estos supuestos, la

posibilidad del fuero electivo fuera del ámbito territorial de la Comunidad, trastocaría, ya se esté aplicando Derecho Autonómico o Derecho Estatal, la naturaleza y competencia de los Tribunales Superiores y, traslativamente, de los órganos jurisdiccionales unipersonales de ellos dependientes jerárquicamente, en cuya calidad de vértice de la organización judicial propia de cada Comunidad Autónoma, por lo que,... entendemos que el fuero electivo, en estos supuestos, tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencias del Tribunal Superior». En igual sentido se pronuncia el auto de 13 de mayo de 1.999 dictado por la Sección Tercera de dicho órgano. A mayor abundamiento, aún cuando la norma aplicable al fondo de la litis sea Derecho Estatal, siempre y en todo caso, cuando el acto lo dicte la Administración Autonómica, se aplicaría normativa propia de aquella para regular, cuando menos, las cuestiones organizativas y competenciales. El principio iura novit curia impone ésta solución, por cuanto el Tribunal Constitucional ha establecido que dicho principio no es aplicable en relación con las normas que no han sido objeto de publicación en todo el territorio del Estado Español, salvo que el órgano radique en el territorio comprendido en el ámbito de difusión del respectivo diario oficial –excluido el BOE, naturalmente-; en normativa autonómica y local tan sólo se publican en el BOE las normas con rango de ley formal; la STC 151/94 establece que «la presunción de conocimiento de la norma sólo puede imponerse a los órganos judiciales en cuya jurisdicción aquella ha recibido publicación oficial». No pudiera alegarse que la parte puede probar tales normas, puesto que las mismas deben ser aplicadas de oficio, y cabe la posibilidad que el Juzgador por vía del artículo 33. de la LJCA someta a la parte nuevos motivos, posibilidad que no sería viable sí ignorase dicha normativa.

El fuero territorial electivo del artículo 14 de la LJCA entra en contradicción con otros preceptos de la misma, como son los artículos 99 y 101, que atribuyen al TSJ la competencia para conocer de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de Ley cuando se trate de Derecho Autonómico, estableciendo este último artículo que a partir de su publicación en el «Boletín Oficial» de la respectiva Comunidad Autónoma vinculará a todos los Jueces de lo Contencioso-administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el TSJ Resulta complicado que un TSJ de otra Comunidad Autónoma pueda conocer de un recurso de casación de aquellos interpuesto contra una sentencia dictada por un Juzgado ubicado fuera de su demar-

cación territorial, que no le está subordinado jerárquicamente, ya que se produciría una alteración sustancial de las normas generalmente aplicadas para regular la competencia funcional.

En definitiva, el fuero electivo del artículo 14 sólo será aplicable dentro de los límites territoriales de la respectiva Comunidad Autónoma de la que proceda la actuación administrativa impugnada.

El expediente administrativo

La nueva Ley de la Jurisdicción, a diferencia de la Ley de 1.956, ordena que el expediente se deberá remitir foliado y con un índice de los documentos que contenga; en un principio, habitualmente los expedientes se recibían sin cumplir tales requisitos, o al menos uno de ellos, por lo que se procedió a devolverlos al órgano de su procedencia para que subsanara la omisión y los remitiera nuevamente en debida forma; con el transcurso de los meses las Administraciones mejoraron su funcionamiento, lo que evitó que los nuevos procedimientos sufrieran tales dilaciones. Como quiera que se amplió notablemente el número de órganos jurisdiccionales, se incrementó considerablemente el número de expedientes que se reclamaban simultáneamente a las diferentes Administraciones, por lo que, al igual que con la anterior Ley, se han venido incumpliendo reiteradamente el plazo de veinte días a que aludía el artículo 61 de la LJ de 1.956 y el actual artículo 48 de la LJ de 1.998. La situación varía significativamente dependiendo de la Administración de la que proceda el acto, ya que las que mejor funcionan son las Administraciones que menos procedimientos tienen ante estos Juzgados, Comunidad de Madrid y Administración del Estado, básicamente porque los expedientes administrativos proceden de órganos muy diversos, a los que no se reclaman un numero muy elevado (por ejemplo, en el caso de la Administración del Estado, los expedientes relativos a sanciones de circulación se reclaman a la Jefatura Provincial de Tráfico que tramitó el expediente, por lo que la carga de trabajo se reparte entre todas ellas); por el contrario, en el caso del Ayuntamiento de Madrid la tarea se concentra en unos pocos órganos (por ejemplo, Departamento de Gestión Integrada de Multas de Circulación o la Recaudación Ejecutiva Municipal) lo que causa evidentes retrasos. Coadyuva a la dilación el que algunas Administraciones tienen que «reconstruirlos» puesto que su organización interna pasa por microfilmar todos los

documentos, de tal forma que en lugar de trabajar con un expediente en papel físico lo hacen con la reproducción informática de los diversos documentos que componen un expediente, de tal forma que cuando se reclama un expediente tienen que localizar en sus archivos algunos de los documentos «en soporte papel» lo que hace que sea mucho más difícil la remisión, puesto que no deben limitarse a foliar y hacer un índice, sino que tienen que localizar algunos o todos los documentos que componen dicho expediente en los diferentes archivos.

En cualquier caso, los Juzgados están empezando a hacer uso de las multas coercitivas previstas en la Ley, por lo que, previsiblemente, en un futuro muy próximo los expedientes se remitan en un plazo razonable y los procedimientos no sufrirán dilaciones indebidas.

Facilidades procesales de la nueva ley

Bajo ésta rúbrica me refiero a las novedades introducidas por la nueva Ley en su artículo 37, que regula el llamado procedimiento «testigo» que permite que cundo en un mismo Juzgado o Tribunal hubiere una pluralidad de recursos contencioso-administrativos sobre la misma o cuestiones conexas, en lugar de acumularlos, se acuerde la tramitación preferente de uno de ellos, quedando los restantes en suspenso hasta la resolución de aquel, extendiéndose los efectos de dicha sentencia a los restantes procedimientos en los términos del artículo 111 de dicha Ley; al artículo 51.2, que permite la inadmisión el recurso por haber resuelto anteriormente otros idénticos por sentencia firme; y al artículo 61.5 que permite la extensión de las pruebas periciales practicadas en un procedimiento a los que sean conexos, repartiendo equitativamente su coste.

De las anteriores «facilidades» no se ha hecho uso, probablemente por el escaso tiempo de funcionamiento o por la índole de las materias que les son propias, ya que están pensadas, por empelo la extensión de las preubas, para materias que no les son propias, como por ejemplo la impugnación de actos dictados en procedimientos de expropiación.

Breves consideraciones sobre el procedimiento abreviado

Pretendo analizar el procedimiento abreviado desde la óptica que ofrece el año que ha transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley

de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y el elevado número de procedimientos de tal clase que se han tramitado en los nuevos Juzgados de lo Contencioso-administrativo; no es mi intención realizar un análisis doctrinal de su naturaleza, sino únicamente mostrar el estado de la cuestión, indicando sus carencias y sus ventajes, ofreciendo soluciones a los numerosos problemas que la puesta en marcha del procedimiento genera.

El procedimiento abreviado se instaura en el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por la Ley 29/1.988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; su exposición de motivos alude a que «constituye una novedad importante la introducción de un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía determinada limitada, basado en el principio de oralidad». A todos es sabido que se introdujo apresuradamente durante su tramitación parlamentaria, ya que no se incluía en el anteproyecto que fue sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial, ni tan siquiera en el proyecto de Ley que presentó el Gobierno a las Cortes para su deliberación. Su génesis data de sendas enmiendas de los Grupos Parlamentarios de CIU y Socialista que lo justificaban en la necesidad de mejorar la situación de saturación de los órganos jurisdiccionales Contencioso-administrativo y en el deseo de garantizar una tutela judicial efectiva evitando las actuales dilaciones de esta jurisdicción; por las razones que se abordarán en el presente trabajo, tales loables propósitos, no se han visto totalmente satisfechas.

En los siguientes apartados expondré algunos problemas que se han suscitado durante la tramitación de los procedimientos abreviados seguidos en el Juzgado a mi cargo, aún cuando todos ellos, probablemente se habrán reproducido en los demás órganos de igual clase, que en ocasioens habrán seguido el mismo criterio, aunque cierto es que en otras habrán optado por otra forma de resolución del problema.

Primero. El artículo 78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece en su apartado segundo que el procedimiento se iniciará por demanda, lo que constituye una novedad importante respecto del procedimiento ordinario, que se inicia con carácter general mediante un escrito de interposición (Art. 45) que se limita a delimitar subjetiva y objetivamente el debate, sin que se exija la determinación de los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones accionadas; hay que reconocer que el procedimiento

ordinario también puede iniciarse por demanda, si bien es una posibilidad residual. En los primeros momentos de entrar en funcionamientos los órganos unipersonales, 15 de diciembre de 1.998, y con ellos la nueva Ley, los recurrentes no solían diferenciar entre los diversos procedimientos regulados en ella, por lo que iniciaban los procedimientos abreviados mediante el escrito de interposición, apto para el ordinario más no para el abreviado. Cabían dos posibilidades; la primera, acordar la inadmisión del recurso por defecto legal, ya que el apartado segundo del artículo 78.2 de la LJ, es categórico al establecer que el procedimiento «se iniciará» por demanda, solución a la que coadyuva el que su regulación legal no prevé trámite alguno de subsanción de tal deficiencia; segunda, en aras de la tutela judicial efectiva y aplicando supletoriamente los artículos 45 y 56 de la LJ, en virtud del apartado 23 del citado artículo 78, conceder a la parte el plazo de diez días para subsanar la deficiencia mediante la presentación de la oportuna demanda, bajo apercibimiento de archivo de las actuaciones. De las dos alternativas, se optó por la segunda, habiéndose atendido el requerimiento en la práctica totalidad de los casos, por lo que únicamente se acordó el archivo de no más de un dos por ciento. Hay que reconocer que la situación ha mejorado sensiblemente con el transcurso del tiempo, ya que los letrados que acuden a estos Juzgados han reparado en la cuestión, por lo que cada vez son más los profesionales que inician el procedimiento correctamente, y las exigencias de subsanción menores, siendo previsible que éste problema desaparecerá en un plazo relativamente corto.

Segundo. La finalidad pretendida por el Legislador de agilizar la tramitación y resolución de los asuntos de menor transcendencia para paliar el retraso y la acumulación de recursos ante la Jurisdicción, no se ha visto cumplida en su totalidad, al menos en lo que lo que se refiere a la celeridad en su tramitación y resolución. En lo que respecta a la agilización de la resolución de los recursos, el apartado 3 del artículo 78 establece que presentada la demanda el Juez, si la admite a trámite, convocará a las partes a una vista, fijando el día y la hora, requiriendo a la Administración para que remita el expediente con al menos quince días de antelación. En principio, pudiera pensarse que debiera transcurrir poco más de un mes entre la admisión de la demanda y la fecha de la vista, pero no debe procederse de ese modo, y la fecha del señalamiento se difiere notablemente por diversas causas. La primera, por la acumulación de procedimientos de tal clase en un mismo Juzgado, que impide señalar más que un número determi-

nado de vistas casa semana, lo que obligará a fijar el nuevo señalamiento respetando su orden, por lo que se diferirán varios meses, sin que sea posible ni razonable fijar semanalmente un número muy elevado, ya que junto con a las sentencias que de ellos dimanan hay que añadir las de los procedimientos ordinarios y especiales que simultáneamente se tramitan; a éste respecto como quiera que la planta de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo se ha desarrollado en dos fases, los primeros Juzgados entraron en funcionamiento en diciembre de 1.998 y los segundos en junio de 1.999, los más antigüos sufrieron acumulación de tareas ya que recibían todos los recursos que en condiciones normales debían atender entre todos, por lo que los señalamientos de las vistas de los procedimientos abreviados se fueron diferiendo paulatinamente a un plazo de que flutuó entre siete meses a casi un año. Segundo, la propia estructura del procedimiento, que por prudencia, recomienda fijar el señalamiento con un plazo no inferior a tres meses, para garantizar que la Administración remite el expediente con la antelación exigida y obviar suspensiones; el artículo 78 establece que el expediente se deberá remitir con al menos quince días de antelación a la fecha fijada para la vista, por lo que puede pensarse que la Administración no está vinculada por el artículo 48 de la misma Ley –que ordena remitir el expediente en el procedimiento ordinario en el plazo de vente días–, por lo que en ocasiones dispondrá de un plazo notoriamente superior al de los veinte días; mi opinión es que son conjugables ambos preceptos, por lo que la Administración en todo caso deberá enviar el expediente dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que fue requerida, y si es necesario en un plazo menor si el señalamiento es tan próximo que lo exijan las ciscunstancias para respetar el plazo de quince días previos a la celebración de la vista. La realidad demuestra que las Administraciones no suelen respetar los plazos legales de remisión de los expedientes, por lo que en numerosas ocasiones se han tenido que suspender vistas porque no se han recibido los expedientes, o habiéndolo hecho no lo fue con la antelación exigida; en este último caso, para evitar la suspensión de la vista se ha optado por contactar telefónicamente con la parte demandante para que si lo desea pueda acudir personalmente al Juzgado a retirar el expediente por ser materialmente imposible darle traslado por otro medio, o bien se les indica que si lo desean pueden examinarlo en Secretaria, si se muestran conformes se celebraba la vista, suspendiéndola en caso contrario para no mermar su derecho de defensa. A lo anterior podría objetarse, que el Juzgado debió reprimir la viciada práctica administrativa mediante los apercibimientos y multas coercitivas del artículo 48 LJ, y si bien únicamente se ha hecho uso de tal mecanismo en contadas ocasiones fue porque se consideraron razonables las explicaciones de las Administraciones que adujeron tener que reorganizar y potenciar los órganos administrativos encargados de tal menester ante el considerable aumento de requerimientos de remisión de expedientes que se generaron tras la entrada en funcionamiento de los Juzgados; pero si tal excusa ha podido ser asumible en los meses precedentes, en el futuro se tendrá que ser más rigor en el cumplimiento de los plazos ya que las Administraciones han tenido la oportunidad de ajustar sus estructuras administrativas.

Tercero. A diferencia del procedimiento ordinario, en que la demanda se presenta una vez recabado por el Juzgado el expediente administrativo, en el procedimiento abreviado la demanda se redacta sin que la parte demandante tenga a la vista el expediente, que le es entregado posteriormente para que «puedan hacer alegaciones en el acto de la vista» (apartado 4 del artículo 78); pese a todo, no se justifica ni se puede permitir que aquella se altere sustancialmente o se introduzcan nuevos motivos de oposición en el acto de la vista, si los mismos fueran conocidos previamente al tiempo de redactarla, en la que por imperativo legal del artículo 56 de la citada Ley Rituaria deben consignarse con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan; por lo que sólo cabrá en el acto de la vista alegar nuevos motivos cuando los mismos no hubieran podido ser conocidos por la parte previamente a la presentación de la demanda y traigan causa necesariamente del posterior examen del expediente administrativo, lo que en ocasiones es difícil de discernir. Admitir otra solución provocaría indudable indefensión a las otras partes que se verían sorprendidas con la invocación indiscriminada de cualquier motivo sin haber tenido oportunidad de preparar debidamente la defensa, ya de por si en una situación comprometida con la necesaria contestación in situ de los nuevos motivos cuya invocación en la vista es admisible.

Como quiera que la contestación se realiza verbalmente en la propia vista, es manifiesta la dificultad para documentar y recoger en el acta lo alegado por carece de medios mecánicos de grabación y transcripción; la propia Ley, consciente de la problemática, únicamente ordena que se recoja un breve resumen de las alegaciones de las partes –art. 78.21 LJ–. En ocasiones en que el objeto del procedimiento versa sobre una materia muy compleja (por ejemplo, impugnaciones

relativas a ciertas materias de personal), el que la contestación se realice verbalmente y no se documente por escrito provoca graves dificultades, no sólo al redactar el acta, sino al estudiar las actuaciones para dictar la sentencia. Algunos letrados, tanto de las Administraciones Públicas como de los recurrentes, aportan en el acto de la vista una instructa o nota que recoge por escrito sus alegaciones, los eventuales nuevos motivos y las pruebas propuestas, sin que se desnaturalice la naturaleza del procedimiento por el hecho de aceptarla y unirla al acta, ya que se realiza oralmente una exposición somera de la misma, de la que se entrega copia a las otras partes; con tal forma de proceder se obvian los problemas de documentación en el acta.

Como solución, sería aconsejable que después de que se entrega al demandante el expediente administrativo, si tiene intención de alterar la demanda con la introducción de nuevos motivos debiera presentar un escrito con sus nuevas alegaciones, del que se daría traslado a las otras partes para que pudieran presentar por escrito su contestación en el acto de la vista, lo que solucionaría el problema de documentación, y lo que es más importante, obviaría todas las dificultades y disfunciones que la alteración de la demanda provoca en el derecho de defensa de los demandados; en la vista, se resolverían las cuestiones previas alegadas, se practicarían las pruebas propuestas y preparadas debidamente, formulando finalmente las respectivas conclusiones.

Cuarto. A diferencia del procedimiento ordinario en los que debe solicitarse el recibimiento a prueba mediante un otrosí en los escritos de demanda, contestación o de alegaciones complementarias (Art. 60), en el procedimiento abreviado no se exige que la parte demandante anticipe su petición, que formulará en el acto de la vista, lo que parece contrario al apartado 18 del propio artículo 78, que únicamente permite la suspensión de la vista y su señalamiento para un momento posterior cuando no fuere posible realizar en el acto alguna prueba relevante por una causa no imputable a quien la propusiere. Por lo tanto, la parte o aporta en el acto de la vista por sí misma todas las pruebas de las que intente valerse (por ejemplo, los testigos, documentos, etc.) o bien deberá anunciarlo con la necesaria antelación, para que se proceda a su preparación, a fin que sea posible su práctica en el acto de la vista, puesto que de lo contrario la suspensión sería imputable a la mala fe o despreocupación de quien pretenda utilizar dicha prueba. Al igual que en el caso anterior, sería aconsejable que se modificase la regulación legal para exigir a los demandantes que una vez hayan examinado el expediente, sí desean proponer alguna prueba, que sea necesario preparar (por ejemplo, citación de un testigo por medio del Juzgado), que presenten un escrito en los días inmediatamente siguientes a la entrega del expediente administrativo; los demandados procederían de igual forma en los días siguientes al que les fue entregada la demanda o el escrito de invocación de nuevos motivos; si la naturaleza de las pruebas propuestas imposibilitara su preparación en tan corto periodo de tiempo, se podría suspender la vista evitando a todas las partes acudir infructosamente a la sede del Juzgado. Con la actual regulación, en las ocasiones en que se declara pertinente una prueba que no puede realizarse en el acto, caben dos alternativas; la primera, acudiendo al tenor literal de la Ley se debiera suspender la vista, convocando a las partes para un momento posterior a fin de continuar con la celebración de la vista en el estado en que fue suspendida (Art. 78.18 LJ); la segunda, acogida favorablemente por todos los letrados que intervienen en los procedimientos, continuar con la celebración de la vista, emitiendo incluso sus conclusiones, poniéndoles de manifiesto el resultado de la prueba, una vez se reciba, concediéndoles un plazo de tres días para formular sus alegaciones respecto al alcance de dicha prueba y, en su caso modificar sus conclusiones, sin que sea necesario citarles nuevamente para la reanudación de la vista, salvo que alguna de las partes lo solicitare, de tal forma, que se les evita acudir nuevamente a la sede del Juzgado. En cuanto al plazo para la práctica de estas pruebas, sobre el que el artículo 78 LJ guarda silencio, deberá ser el de los treinta días previsto para el procedimiento ordinario.

En cuanto a la práctica de la prueba el apartado 12 del artículo 78 establece que será la establecida en la propia Ley para el procedimiento ordinario, salvo las especialidades contenidas en el citado artículo 78 para el procedimiento abreviado. Como se informa de los principios de inmediación, oralidad y concentración resultan acertadas las especificidades relativas a la práctica de la prueba testifical en la que se suprimen los escritos de preguntas y repreguntas, por lo que las mismas se formularán oralmente a los testigos sin exigencias rituales especiales, incluso los propios testigos no podrán ser tachados –suprimiéndose el incidente al respecto- pudiendo las partes formular en conclusiones las alegaciones respecto de la eventual falta de credibilidad de los testigos. De igual forma, es positiva la posibilidad, de limitar discrecionalmente el número de testigos cuando los propuestos para acreditas unos mismos hechos fuere excesivo, aún cuando tradicionalmente se ha venido haciendo uso de tal facultad, en todo

tipo de procedimientos, ya que es posible rechazar las pruebas que sean innecesarias, y una reiteración de testimonios respecto de unos mismos hechos, es inequívoco que lo es. En cuanto a la prueba de confesión resulta, en principio, loable la supresión del pliego de posiciones, debiéndose formular oralmente las mismas en el acto de la vista; ahora bien, dicha posibilidad no es aplicable a las Administraciones Públicas en las que su representante procesal, carece de facultades para absolverlas, por lo que en virtud del artículo 595 LEC se deberán proponer por escrito las preguntas para que sean contestadas por vía de informe, en el plazo que el Juez señale, por los empleados de la Administración a quienes conciernan los hechos; por lo que caso de proponerse la prueba de confesión de la Administración inequívocamente se debería suspender la vista, salvo que, como se dijo anteriormente, se exija a la parte que anuncie con la debida antelación su intención de proponer dicha prueba, presentando las posiciones por escrito para que sea posible entregárselas al representante de la Administración para que las curse y aporte el informe contestándolas en el acto de la vista.

La principal innovación en cuanto a la regulación de la práctica de la prueba, es la relativa a la pericial, así en el apartado 16 del artículo 78 LJ, se alude a que «en la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos». Como quiera que la LJ no establece para el procedimiento ordinario especificidad alguna, hay que acudir a la regulación que al respecto se contiene en la LEC, que difícilmente es de aplicación, ya que el sistema general de la misma pasa por la insaculación o designación por las partes o el Juez (si no fuere posible la insaculación por no haber número suficiente de peritos para hacer el sorteo). Si no es aplicable, en términos generales, la regulación de la LEC y la LJ no ofrece una regulación al respecto, habrá que buscar una solución, que pacíficamente doctrina y jurisprudencia encuentran en la Ley de Procedimiento Laboral, en la que es notorio que se ha basado el Legislador para la regulación del nuevo procedimiento abreviado; así al citar la Ley que en la práctica de dicha prueba no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos, lo que pretendía decir es que cada parte deberá acudir al acto de la vista con el perito que líbremente elija, quien jurará y aceptará el cargo en el acto, emitirá in situ su informe y contestará seguidamente, y sin solución de continuidad, a las preguntas y aclaraciones que le sean solicitadas por las otras partes y el Juez. La solución no puede ser otra puesto que

sí se aplicasen las reglas de la LJ para el procedimiento ordinario en cuanto a la práctica de la prueba pericial se debería suspender el señalamiento, no sólo si el perito fuere designado en el acto de la vista tras instar a las partes para que se pusieren de acuerdo o proceder, en otro caso a su insaculación, en cuyo caso debiera concederse al perito un plazo prudencial para aceptar, jurar el cargo, realizar y emitir su informe, sino porque el artículo 60.6 LJ establece que «En el acto de emisión de la prueba pericial el Juez otorgará, a petición de cualquiera de las partes, un plazo no superior a tres días para que las partes puedan solicitar aclaraciones al dictamen emitido». Lo que es inequívoco es que al designar cada una de las partes libremente el perito y delimitar por sí misma su objeto y extensión, se atenúa su eficacia probatoria para formar la convicción judicial, ya que los únicos peritos que garantizan plenamente la imparcialidad son los designados de común acuerdo por las partes (o excepcionalmente por el Juez cuando no hubiere suficientes para insacular) o los insaculados por el procedimiento legalmente establecido.

Quinto. El objeto del procedimiento abreviado, art. 78.1 LJ, son las materias atribuidas a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de cuantía inferior a quinientas mil pesetas o cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera. Respecto del límite cuantitativo de quinientas mil pesetas, no cabe formular objeción alguna, salvo la precisión que no se deben entender incluidos los casos en que la cuantía sea indeterminada. En lo que respecta a las materias de personal, no es aplicable el límite cuantitativo de las quinientas mil pesetas, por lo que todos los asuntos de dicha naturaleza de los que conocen los Juzgados de lo Contencioso-administrativo se deben tramitar por sus cauces; en ocasiones no haydificultad alguna, pero en otras se originan situaciones indudablemente complejas, puesto que si se impugnara, por ejemplo, un proceso selectivo o una relación de puestos de trabajo, el número de partes e interesados, la índole de las pruebas o la complejidad de las alegaciones exigirían que tales supuestos se tramitasen por el procedimiento ordinario, ya que es indudable que su importancia y transcendencia es mayor que la mayor parte de las materias que por él se tramitan.

Sexto. La LJ establece que el Juez tras examinar la demanda que inicia el procedimiento abreviado, si decide admitirla a trámite, acordará dar traslado de la misma a la Administración, a la que requerirá la remisión del expediente, comunicándola simultáneamente la fecha

de celebración de la vista. Como quiera que no se especifica el órgano al que se debe dirigir la notificación, será de aplicación el artículo 48 de la citada Ley, que establece que como quiera que se ignora cual será el representante procesal de la Administración, la primera notificación reclamando el expediente se dirigirá al órgano autor del acto impugnado o a aquel al que se impute la inactividad o vía de hecho. En el procedimiento ordinario, no surgen problemas puesto que recibido el expediente se dará traslado del mismo junto con la demanda al representante procesal de la Administración, ya debidamente personada previamente, para que presente su contestación; en el procedimiento abreviado, por contra, no se prevé trámite alguno para que el letrado que asiste a la Administración pueda examinar el expediente antes de la celebración de la vista; no han surgido apenas problemas puesto que los diferentes órganos administrativos, autores de la actuación impugnada, remiten por conducto interno una copia del expediente a sus respectivos servicios jurídicos, en algunas ocasiones las partes demandadas han solicitado la suspensión de vista para que se complete el expediente administrativo, habiéndose tenido que acceder a tal petición puesto que el artículo 55 de dicha Ley establece que tal petición se realizará en el plazo para formular la demanda o la contestación, y no debe olvidarse que en tal procedimiento la contestación se emite en el acto de la vista. Pudiera objetarse que la Administración que tenga intención de solicitar la ampliación del expediente lo debe solicitar previamente al acto de la vista para evitar su suspensión, pero es difícilmente conjugable con la regulación legal, ya que recibido el expediente se remite a la actora para que pueda formular alegaciones en el acto de la vista, por lo que normalmente el expediente no estará en el Juzgado a disposición de la Administración, dado que en la mayor parte de las ocasiones, por la celeridad en la tramitación, el expediente se devuelve por el recurrente en el acto de la vista, salvo las contadas ocasiones en las que se personan otros codemandados en los que hay que arbitrar mecanismos para que puedan examinar también el expediente con la debida antelación de quince días. La problemática expuesta se solucionaría si, como se dijo en los apartados precedentes, se arbitrara una fase, para que con anterioridad a la celebración de la vista, la demanda y la contestación se presentaran por escrito ya que como quiera que la demanda se habría redactado tras examinar el expediente, se daría traslado de la misma junto con el expediente a la Administración quien podría solicitar, al igual que el actor, la ampliación del expediente con carácter previo al

acto de la vista. La problemática expuesta es predicable, igualmente, de las partes demandantes, quienes no pueden en el trámite para presentar la demanda, del artículo 55, solicitar la ampliación del expediente por haberla presentado anteriormente, por ya haberla presentado; pese a ello, tal petición debe ser atendida. Ahora bien, no cabe que puedan formular tal petición en todo el periodo que medie entre el día en que les fue entregado el expediente y la celebración de la vista, puesto que como quiera que normalmente las vistas se señalan con varios meses, pueden disponer de un plazo considerable, por lo que para evitar actuaciones malintenciondas o simplemente reprimir la dejadez procesal, se les deberá exigir que la solicitud de ampliación la formulen en los veinte días inmediatamente siguientes a la fecha en que les fue entregado el expediente para proceder a solicitar la ampliación, si fuere pertiente y evitar la suspensión de la vista, o suspenderla si no fuere posible obtener la ampliación en plazo para evitar trastornos y molestias a las demás partes.

Séptimo. El artículo 78 de la LJ que regula el procedimiento abreviado no alude a las medidas cautelares, por lo que es de íntegra aplicación el Capítulo II «Medidas Cautelares» del Título VI «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V», que abarca el procedimiento abreviado, que está regulado dentro del Título IV de la Ley de la Jurisdicción. No obstante lo anterior, surge un problema cuando la parte actora en lugar de iniciar el procedimiento por demanda en la que por medio de un otrosí solicita la adopción de la medida cautelar, lo inicia equivocadamente mediante el escrito de interposición previsto en el artículo 45 de la LJ; independientemente de la concesión de un plazo para subsanar el defecto y presentar la demanda, ¿se deberá o no atender la petición de la medida cuatelar? o ¿ se demorará proveer al respecto hasta que la demanda sea efectivamente presentada y en la misma se reproduce la petición de la medida cautelar?; piénsese que conforme al artículo 78 LJ la única forma posible de iniciar el procedimiento es por demanda, por lo que cabe aducir que mientras no se presente no se puede tener por validamente promovido el procedimiento, y las medida cautelares conforme al artículo 128, si bien pueden pedirse en cualquier estado del proceso es imprescindible que se haya iniciado válidamente (en otro supuesto no caba hablar propiamente de proceso). La práctica forense más extendida, al menos en los Juzgados de igual clase de Madrid, ha sido proveer la petición aún cuando se formulase en el escrito de interposición, ya que el plazo que se concede para presentar la demanda es el de los diez días a que alu-

den los artículos 45 y 56 LJ, que coinciden con los diez días de plazo máximo que el artículo 131 concede a la Administración demandada para formular sus alegaciones respecto de la medida cautelar, de forma tal, que si no se presenta la demanda no habrá lugar a conceder la medida cautelar puesto que se acordaría el archivo de las actuaciones por no haber subsanado el defecto en la forma de iniciación, salvo la rehabilitación de plazos a la que se aludirá. La situación es distinta en los supuestos en los que conforme al artículo 135 LJ la medida cautelar se solicita inaudita parte por razones de urgencia, en los que debe acordarse de inmediato sin audiencia de la Administración de la que emana la actuación impugnada; en tales supuestos parece razonable proveer la medida cautelar y conceder un plazo inferior para presentar la demanda, que será el de los tres días que el artículo 135 LJ establece para la celebración de la comparecencia para ratificar, modificar o alzar la medida cautelar, puesto que no es razonable que se ratifique la medida cautelar adoptada inaudita parte a instancia de quien no inició correctamente el procedimiento; en este supuesto, aún concediendo de plazo para presentar la demanda el de los diez días, que es mayor del previsto en el artículo 135 LJ, caso de no presentarse la demanda se alzaría la medida cautelar cualquiera que fuere su estado de tramitación, aún cuando ya hubiera sido ratificada tras la celebración de la oportuna comparecencia.

Octavo. En todos los procedimientos regulados en la nueva Ley de la Jurisdicción, abreviado y ordinario incluidos, los plazos de los que disponen las partes para presentar la demanda (subsanando el defecto en caso de haberla omitido inicialmente), se amplía notablemente en virtud del artículo 52.2 LJ, que se aplicará supletoriamente para el procedimiento abreviado, y especialmente por el artículo 128 LJ; ambos preceptos rehabilitan los plazos ya precluidos, así éste último establece que se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto dando por precluído el trámite, salvo que se trata de plazos para preparar o interponer recursos. Se deja al arbitrio de las partes la duración de los procedimientos y el recto cumplimiento de los deberes procesales, puesto que dependerá de cuando dicte el Juzgado el auto dando por precluído el correspondiente plazo, para que la parte pueda presentar el oportuno escrito y no ver lesionado su Derecho, disponiendo, por ejemplo, de un plazo de para presentar su demanda o proponer prueba, notoriamente superior al legalmente establecido, surtiendo efecto un escrito de demanda, contestación, proposición de

prueba, etc. que se presenta semanas o meses después de haber precluido el originario.

Noveno. La práctica cotidiana de éste tipo de procedimientos demuestra que la duración media de las vistas es de diez a veinte minutos; normalmente no hay alegaciones previas que impidan su continuación (no no se cuestiona la competencia, la admisibilidad del recurso o la cuantía); en bastantes supuestos se presentan por escrito instructas o notas de vista que contienen las alegaciones de las partes, tanto con los nuevos motivos de oposición del demandante –si los hubiere- como de la contestación, que por razones de economía procesal y facilitar la documentación se unen al acta, sin que se desnaturalice el carácter oral del procedimiento puesto que las partes exponen verbalmente su contenido; no se suelen practicar pruebas y en los supuestos en que se proponen suele ser la testifical, que es denegada en los casos en que no se aporta el testigo y no se advirtió previamente de la necesidad de su citación por medio del Juzgado; en Derecho sancionador es habitual que se proponga como prueba testificar la declaración de la Autoridad o del agentes que extendieron el acta o la denuncia, rechazándose por innecesarias ante la presunción de veracidad de que gozan los hechos por ellos constatados y reflejados en el acta o denuncia.

Por las conversaciones mantenidas con los diferentes letrados y procuradores, tanto de las Administraciones como de los recurrentes, se puede concluir que les es muy gravoso acudir a una vista por cuestiones de escasa transcendencia, ya que emplean en los desplazamientos un tiempo notoriamente superior al de su propia duración, en las que por otra parte no se suelen practicar pruebas que exijan inmediación con asistencia de las partes, quejándose los actores de la imposibilidad de redactar la demanda una vez examinado el expediente, y los demandados de verse sorprendidos por los nuevos motivos de oposición introducidos en el acto de la vista.

Conclusiones

A la vista de lo anterior emito mi opinión respecto de la conveniencia y necesidad del procedimiento abreviado. En principio es loable la intención del Legislador de crear un mecanismo para agilizar la tramitación de los procedimientos y descargar de trabajo los órganos de la Jurisdicción, pero tal propósito sólo se verá satisfecho en tanto en

cuanto el número tales procedimientos que pendan en los Juzgados no sea excesivo, puesto que sí la situación es la misma que en los primeros meses de 1.999 en que no estaba desarrollada totalmente la planta, los señalamientos se deferirán bastantes meses (se llegó a un mínimo de siete y un máximo de doce meses, según el Juzgado), así sí en el futuro el número de Juzgados de lo Contencioso-administrativo deviene insuficiente para atender la carga de trabajo que les corresponda, la situación acabará siendo similar a la de las actuales Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Los profesionales, tanto de las Administraciones como de los particulares, se quejan que como quiera que únicamente se practican pruebas, distinta de la documental, en muy contadas ocasiones, no tiene sentido acudir a una vista en la que el tiempo empleado en los desplazamientos a la sede del Juzgado, especialmente en las grandes ciudades, es mayor que el empleado en la propia vista, que perfectamente se podrá suprimir, ya que durante el tiempo total, desplazamientos y vista, podrían atender en su despacho otros muchos asuntos, sin que se mermaran sus derechos ya que, sí no se practican pruebas en el acto, se podría reconducir a una tramitación escrita en la que sólo habrá vista sí lo solicitaran las partes o fuera preciso practicar alguna prueba con su asistencia (por ejemplo, confesión de particulares, testificales o periciales). A mayor abundameinto, la instauración de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo ha obligado a las Administraciones a potenciar y reestructurar sus servicios jurídicos, ya que con la anterior Ley de la Jurisdicción se practicaban comparecencias y vistas excepcionalmente, a diferencia del momento presente en que, por ejemplo el Ayuntamiento de Madrid hay días en los que es convocada a más de treinta juicios la misma jornada, con lo que tiene que dedicar la mayor parte de sus letrados a atender estos menesteres con menoscabo del resto de sus funciones y de los procedimientos que penden ante estos Juzgados o el resto de los Tribunales.

Podría objetarse que es preciso arbitrar un procedimiento ágil para resolver las cuestiones de menor entidad, pero la práctica cotidiana muestra que un procedimiento abreviado no se revuelve en un plazo inferior de tres o cuatro meses, ya que normalmente la vista no se señala en un plazo más corto para garantizar que el expediente se recibe con al menos quince días de antelación al día fijado para su celebración. Por el contrario, los procedimientos ordinarios que versan sobe materias de escasa complejidad, en los que no se suelen proponer pruebas (recuérdese que en los procedimientos abreviados esta es la situación general)

y no se solicita vista o conclusiones (situación bastante usual), el plazo de resolución es de unos tres o cuatro meses, lo que coincide con el de los procedimiento abreviados que se iniciaron en la misma fecha.

Por todo lo anterior, me permito ofrecer una alternativa a la regulación legal que permitiría obviar todos los defectos examinados en los apartados precedentes, conjugando la utilidad de un procedimiento ágil y sencillo, con la adecuada utilización de los servicios jurídicos de las Administraciones y evitar la asistencia de los procuradores y letrados de los justiciables a unas vistas, que en la mayoría de los casos alegan que son innecesarias. La solución se obtendría siguiendo el esquema del procedimiento ordinario pero reduciendo los plazos en cada una de sus fases; se iniciaría mediante un escrito de interposición al que seguiría la solicitud de remisión del expediente, en lugar del plazo de veinte días para presentarla demanda se reduciría a diez días, que también sería el que se concedería al demandado para presentar la contestación. En la demanda y en la contestación se deberían proponer las pruebas y no sólo los puntos de hecho como en el momento presente para el procedimiento ordinario; debiendo invocar en la contestación las alegaciones previas e invocación de los motivos que impidan la válida prosecución del procedimiento; de la contestación se daría traslado al actor, convocando a las partes a una vista con indicación del día y hora; sí a la vista de la contestación a la demanda el actor decidiera proponer alguna prueba adicional presentaría un escrito en el plazo de tres días; Las cuestiones previas y las causas de inadmisibilidad que impidan la prosecución del procedimiento se resolverían en el acto de la vista con carácter previo, una vez que el actor las hubiera contestado oralmente (las conocería previamente por haber sido propuestas en la contestación), siendo resueltas en el acto por el Juez; seguidamente se practicarán las pruebas, que habrían sido debidamente preparadas puesto que se propusieron previamente; finalmente las partes formularían sus conclusiones. Como quiera que en la mayor parte de las ocasiones no hay más prueba que la documental consistente en dar por reproducidos los documentos aportados con sus respectivos escritos de demanda y contestación (sin que sea admisible dar por reproducido el expediente administrativo ya que por imperativo legal se incorpora a las actuaciones y no es propiamente una prueba documental), en tales casos y sí no hubiera cuestiones previas (lo que no es frecuente) se prescindiría de la vista, sí ambas partes coincidieran sobre el particular en sus respectivos escritos de demanda y contestación; dándose un trámite de conclusiones escritas por plazo común de cinco días.

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SUS IMPLICACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CC.AA.

POR

D. MIGUEL A. PÉREZ GRANDE.

Técnico Superior de la Comunidad de Madrid

I. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONCEPTO «SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN»

En los últimos tiempos se viene calificando a las sociedades modernas como «sociedades de la información», caracterizadas como un tipo de sociedad que está surgiendo por el creciente papel de las telecomunicaciones como elemento fundamental de la vida cotidiana, lo que ha llevado a afirmar que, como consecuencia de la profunda transformación operada en el sector de las comunicaciones, y concretamente de las nuevas tecnologías de la información, estemos en presencia de una nueva revolución científica y tecnológica, la llamada «economía digital».

En efecto, las tecnologías de la información y las comunicaciones están generando una nueva Revolución Industrial. Es una revolución basada en la información. Hoy en día, el progreso tecnológico nos permite procesar, almacenar, recuperar y comunicar información en cualquiera de sus formas –oral, escrita o visual–, con independencia de la distancia, el tiempo y el volumen. Esta revolución «dota a la inteligencia humana de nuevas e ingentes capacidades, y constituye un recurso que altera el modo en que trabajamos y convivimos» [1].

Dos son los factores principales que explican este proceso de cambio:

– En primer término, la digitalización de las redes y los servicios, que permiten un tratamiento homogéneo de las señales, y con ello la

[1] «Europa y la Sociedad Global de la Información». Recomendaciones al Consejo Europeo celebrado en Corfú el 24-25 de junio de 1994, formuladas por un grupo de expertos coordinado por M. Bangemann.

posibilidad de utilizar los diferentes soportes (telefonía, cable, satélite, televisión, móvil) para proporcionar acceso a toda clase de aplicaciones. Asimismo, la utilización de señales digitales va unido a una transmisión más eficiente de la información, utilizando técnicas cada vez más avanzadas en la comprensión de las señales y constantes mejoras de la calidad, lo que se traduce en una mayor productividad de la utilización de las redes, un menor coste y, por tanto, unos menores precios para los usuarios.

– El segundo de los factores que está contribuyendo decisivamente al desarrollo de la sociedad de la información, es la normalización y estandarización de las nuevas aplicaciones, que facilitan su utilización por parte de los usuarios con independencia del medio o soporte a través del que se proporcionen.

El ejemplo más claro de este fenómeno es la red Internet, que no es más que una red de redes, pero cuya virtualidad como servicio de telecomunicación multimedia –en el que confluyen los distintos servicios prestados separadamente hasta ahora– ha hecho que su expansión supere todas las expectativas, y que sea considerada el embrión de las denominadas «superautopistas de la información», al permitir el acceso y la transmisión en banda ancha, ser totalmente interactiva y ser accesible desde cualquier punto del planeta.

Lo que caracteriza a Internet es que no existe una entidad que diga la última palabra sobre lo que se debe o no se debe hacer. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas. Internet es la red de redes, y dentro de ella hay subredes que, aunque sean más pequeñas, aglutinan a millones de personas.

Internet es asimismo un medio de comunicación multifuncional, en cuanto que en él convergen tanto las comunicaciones interpersonales como los medios de comunicación de masas. En concreto, las formas de comunicación en Internet pueden agruparse en cuatro categorías: el correo electrónico, los boletines, los foros de discusión y la información presente en la WWW, y más recientemente ha empezado a cobrar importancia la comunicación telefónica a través de la Red. Esta convergencia presenta un aspecto de sumo interés: el intercambio de papeles entre los productores y los receptores de contenido, dado que un usuario puede convertirse en un productor, en un emisor de información[2].

[2] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales», Ed. McGraW-Hill, Madrid, 1998, págs. 23-26.

Pues bien, como consecuencia de los referidos avances tecnológicos, existe una coincidencia unánime en destacar la importancia que está adquiriendo la tecnología de la información para el desarrollo económico y social de los respectivos países. Así lo ha resaltado el Consejo de la Unión Europea al afirmar que el establecimiento de la sociedad de la información supondrá la disponibilidad para todos los ciudadanos, empresas u organismos públicos, en toda la Comunidad, de la información de cualquier naturaleza que necesiten, reorganizará progresivamente la naturaleza y el contenido de la actividad humana en todas las áreas y tendrá importantes consecuencias de naturaleza intersectorial en áreas de actividades independientes hasta la fecha (Decisión 98/253/CE, de 30 de marzo).

Ello va a obligar necesariamente a que todos cuantos participan en la construcción de la sociedad de la información deben ser capaces de adaptar sus estrategias y establecer alianzas que les permitan contribuir y al mismo tiempo beneficiarse del crecimiento global en este ámbito. En un entorno de mercados abiertos, las infraestructuras de la información no tienen fronteras; la sociedad de la información tiene un carácter fundamentalmente mundial. Sólo en la medida en que se aprovechen al máximo las nuevas tecnologías, adoptando su implantación y desarrollo con la mayor rapidez, la sociedad de la información tendrá consecuencias positivas para todos: los operadores de telecomunicaciones, que se encontrarán en condiciones de aprovechar plenamente las oportunidades del mercado que juzguen propicias y de aumentar su cuota de mercado; las industrias proveedoras de servicios y contenidos de información, que podrán ofrecer productos innovadores a precios atractivos; los ciudadanos y los usuarios, que disfrutarán de una mayor variedad de servicios en competencia, y los proveedores de equipos y soporte lógico de telecomunicaciones, que verán ampliarse su mercado[3].

A tal fin, como requisito imprescindible para posibilitar un rápido y pleno desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, se ha procedido a adoptar en el ámbito de la Unión Europea, y en el mismo sentido en España, un conjunto de medidas legales encaminadas a lograr la liberalización del sector de las telecomunicaciones, dotándolo de un marco estable y con la flexibilidad necesaria para poder adaptarse a los continuos cambios tecnológicos, y para crear el clima

[3] «Europa y la Sociedad Global de la Información», Recomendaciones al Consejo Europeo..., ob.cit..

de confianza imprescindible para la puesta en marcha de los proyectos empresariales que han de abordar las cuantiosas inversiones que hacen posible el despliegue de las infraestructuras de alta capacidad y la puesta en el mercado de los nuevos servicios.

La adopción del referido marco legal, con unas reglas del juego claras y definidas para todos los operadores, ha permitido trasladar en un breve período de tiempo los efectos beneficiosos que una mayor competencia supone, no ya sólo para los ciudadanos, que pueden elegir con mayor libertad la recepción de un servicio más barato y de mayor calidad, sino también para las empresas, que han podido incrementar su competitividad dado el carácter instrumental que para la mismas presentan las tecnologías de la información.

Ahora bien, la plena liberalización de los servicios de telecomunicaciones no es incompatible en ningún caso con la garantía del «servicio universal», entendido como «un conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que habrán de prestarse con una calidad determinada y ser accesibles, a un precio asequible, a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica» (Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, arts. 11 y ss.). La noción de servicio universal garantiza, pues, un nivel de servicio en un medio liberalizado imponiendo obligaciones o cargas a los operadores que antes eran responsabilidad de la sociedad que prestaba el servicio en régimen de monopolio, y cuya financiación corre a cargo de los propios operadores, aunque caben también ayudas públicas.

En este sentido, resulta oportuno mencionar algunas iniciativas parlamentarias recientemente promovidas para instar la declaración de Internet como servicio universal de telecomunicaciones [4].

Junto a tales medidas regulatorias, se han promovido al mismo tiempo un conjunto de medidas, no menos relevantes, encaminadas a difundir y promover el uso generalizado y accesible de las nuevas aplicaciones en la vida cotidiana de los ciudadanos y las organizaciones, como requisito imprescindible para asegurar el éxito de las mismas, por cuanto «los avances en el desarrollo de la sociedad de la información dependen en gran medida de la sensibilización, comprensión y

[4] Vid. en este sentido la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), sobre modificación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por la que se otorga a Internet la consideración de servicio universal, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha 25 de abril de 2000.

respaldo, por parte de los ciudadanos y de las organizaciones públicas y privadas, de las posibilidades que ofrecen las aplicaciones de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para satisfacer las necesidades de los particulares y las empresas» (Decisión 98/253/CE).

En consecuencia, la sociedad de la información no eliminará muchas de las actividades de la sociedad actual, pero sí va a suponer una transformación sustancial de la mayor parte de las actividades cotidianas de las personas y de las empresas en los más diversos campos y servicios (educación, sanidad, relaciones laborales, comercio, banca, etc.), lo que «cambiará la concepción de nuestras relaciones personales, de nuestra manera de vivir y de nuestra manera de pensar». Tal constatación lleva a considerarla como una «sociedad del conocimiento», en cuanto que «adquirir conocimientos y capacidades para moverse en la sociedad de la información no puede reducirse a la enseñanza que se obtiene en las instituciones de enseñanza, sino que debe llegar a amplios sectores de la población, a todos los sectores de edad y a ciudadanos con diferentes niveles de preparación, a los trabajadores y a los desempleados» y, porque asimismo el proceso de aprendizaje en la sociedad de la información «no se limita exclusivamente a las aulas o a los lugares de trabajo, sino que es cada vez más importante la adquisición de conocimientos a través del consumo –incluido el ocio–, a través de la comunicación y de los servicios interactivos» [5].

Ahora bien, todo proceso de cambio genera nuevos problemas y, por tanto, riesgos e incertidumbres que será necesario afrontar en los próximos años. Así, el riesgo principal que conllevan las nuevas tecnologías es la eventual fractura social entre los que tienen acceso a ellas y los que no, con lo que «evitar la exclusión de parte de la población constituye el reto más importante que plantea la sociedad de la información» [6]. Otro de los aspectos destacables de las nuevas tecnologías es el que se refiere a sus efectos sobre el ejercicio de determinados derechos (intimidad, seguridad y protección legal de los datos personales, protección de los derechos autor, propiedad de los medios de comunicación, etc.).

Todos estas nuevas situaciones, y la exigencia de buscar las soluciones adecuadas para cada una de ellas, van a suponer nuevos retos

[5] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., Nota Preliminar, págs. XXI-XXIII.

[6] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., Nota Preliminar, pág. XXIV.

para el legislador, quien no sólo deberá proceder a la adaptación de los conceptos e instituciones jurídicas a las nuevas y cambiantes realidades que se le vayan presentando, sino que también en muchos casos habrá de articular nuevas respuestas a los problemas planteados.

Tal reflexión debe hacerse asimismo en relación con el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y ello no sólo por el carácter horizontal o transversal del propio concepto «sociedad de la información», en cuanto que sus efectos se proyectan sobre un conjunto amplio de sectores y actividades de competencia tanto estatal como autonómica, sino porque, sobre todo, las implicaciones que tiene el referido concepto, en lo que supone de cambios en las relaciones sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, van a producir necesariamente una transformación del contenido y alcance de muchas de las materias y títulos que configuran el señalado orden competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuestión que pasará a examinarse a continuación.

II. La sociedad de la información: examen de sus principales implicaciones desde la perspectiva competencial

Se va a analizar en este apartado el conjunto de materias y ámbitos competenciales que se encuentran más directamente afectados por el fenómeno conocido como «sociedad de la información», pero en el bien entendido de que ello no supone en modo alguno considerar a dicho concepto como una realidad jurídica propia y diferenciable a efectos estrictamente competenciales, sino que, por el contrario, estamos en presencia de un fenómeno de carácter «medial» o «instrumental» que, en cuanto tal, impregna y se nutre a la vez de una variada gama de actividades y sectores, éstos sí con sustantividad propia.

No se trata, pues, de un nuevo concepto competencial que se yuxtapone a los existentes, sino de una realidad social, económica, política y jurídica –de una nueva revolución industrial basada en la información–[7] que supone la puesta en marcha de diversas medidas y actuaciones, públicas y privadas, que convergen y se proyectan sobre la práctica totalidad de los campos y sectores que conforman el reparto competencial entre los poderes públicos estatal y autonómico, fruto de lo cual en muchos de ellos se van a operar importantes transformaciones en cuanto a su contenido y alcance.

[7] «Europa y la Sociedad Global de la Información». Recomendaciones al Consejo Europeo..., ob.cit.

Así parece entenderlo la Unión Europea cuando señala que las actividades establecidas en el Programa comunitario «Sociedad de la Información» son «de naturaleza intersectorial y suponen un complemento a la actuación comunitaria en estos campos. Ninguna de ellas deberá significar una duplicación de la labor ya emprendida en estos campos por otros programas comunitarios. Para evitar duplicaciones, complementar otras iniciativas y aportar conocimientos adicionales a este programa, los programas comunitarios de que se trate estarán asociados al desarrollo de actividades» (Decisión del Consejo 98/253, de 30 de marzo).

Pues bien, como ámbitos más directamente implicados dentro de este nuevo concepto de «sociedad de la información», pueden resaltarse los siguientes:

Telecomunicaciones y medios de comunicación social. Evolución conceptual: integración e interactividad de los servicios.

En relación con ambos títulos, la doctrina constitucional establece una clara diferenciación según la cual, de una parte, aquellos extremos conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 de la Constitución (libertad de expresión y de información), «en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social», resultan encuadrables dentro del título contenido en el artículo 149.1.27ª CE, de acuerdo con el cual corresponde al Estado la fijación de las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas. En cambio, «aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas o electromagnéticas–», se incardinan dentro de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones y radiocomunicación (artículo 149.1.21ª CE), en virtud de la cual «es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria –dada la unidad intrínseca del fenómeno– la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisoras de

radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios»[8].

Ahora bien, como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, y sobre todo por la convergencia de los diferentes sectores de las telecomunicaciones, el audiovisual y la informática, se ha producido una evolución en el concepto de telecomunicación que hace que hoy día la separación entre uno y otro título antes apuntada ya no resulte tan nítida.

Ello es así porque, de una parte, «los procesos de digitalización de las señales y de progresiva compenetración entre telecomunicaciones e informática que caracterizan la última generación de servicios de telecomunicaciones traen como consecuencia la integración de los mismos, de modo que a través de unos mismos medios y soportes se establecen comunicaciones de ámbito puramente privado o interpersonal y otras características de los clásicos servicios de difusión, de dimensión pública o social, máxime en los supuestos en que, en estos últimos, el sujeto receptor deja de ser un simple elemento pasivo en la comunicación cuando se presentan como interactivos»[9].

Y, de otra parte, porque la noción de «escasez» en las hondas herzianas como argumento casi exclusivo para justificar la intervención estatal en este campo a efectos de la adecuada ordenación y gestión del dominio público radioeléctrico, ha empezado a decaer por las posibilidades que ofrecen actualmente las nuevas tecnologías, como es el caso de la fibra óptica, cuya capacidad de transmisión o ancho de banda es casi infinita.

Ello lleva a que, «desde la perspectiva del derecho a la información en cuanto derecho a crear los medios, parece en principio que la falta de limitaciones técnicas como las que imponía la escasez del espacio radioeléctrico –no tanto las limitaciones económicas– ya no hacen necesario regular de forma ordenada el ejercicio del derecho a través de figuras como la concesión y, en definitiva, cabría afirmar que la técnica de servicio público deja de tener sentido y, por la misma razón, toda intervención de los poderes públicos»[10]. En este sentido, un creciente sector de la doctrina aboga por la desregularización, e incluso

[8] Fundamento Jurídico 4 de la STC 168/1993, de 27 de mayo, recaída en relación con la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. Asimismo, en idénticos términos, pueden citarse las SSTC 244/1993, F.J. 2, 278/1993, F.J. 2, y 127/1994, F.J. 8.

[9] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías». Editorial La Ley, Madrid, 2000, pág. 113.

[10] Ibid., pág. 189.

algunos autores hacen un mayor hincapié en el derecho de acceso que en los métodos de titularidad pública y regulación del contenido como medio de garantizar el pluralismo[11]. Así parece indicarlo también el ya citado informe Bangemann cuando afirma que «la industria audiovisual europea padece además el lastre de una reglamentación excesiva. Parte de esta reglamentación quedará obsoleta ante el desarrollo de las nuevas tecnologías y se convertirá en una traba para el desarrollo de un mercado europeo dinámico».

Las anteriores consideraciones podrían llevar a justificar un tratamiento global del objeto «telecomunicaciones» (art. 149.1.21ª CE) encaminado a dotar a éstas de una «ordenación única a nivel estatal en tanto sistema de comunicación. Las profundas implicaciones sociales y económicas de las telecomunicaciones aconsejan que las grandes decisiones de ordenación del sector se adopten a nivel estatal». Tal necesidad de globalidad ha encontrado una «clara manifestación en los ámbitos internacional y comunitario mucho más allá de la ordenación puramente técnica, aunque también fundamental, del dominio público radioeléctrico»[12].

Ahora bien, el hecho de que las telecomunicaciones sean de competencia exclusiva estatal, no significa que las Comunidades Autónomas queden privadas de toda intervención en esta materia, ya sea articulando vías de colaboración en ámbitos de las telecomunicaciones que no interfieran el ejercicio por el Estado de sus potestades plenas en la materia, ya mediante el desarrollo de competencias conexas con las telecomunicaciones, ya a través de sus competencias estatutariamente reconocidas en materia de medios de comunicación social, e incluso mediante la creación de redes propias de comunicaciones para la prestación de sus propios servicios, posibilidades todas ellas que pasan a comentarse a continuación.

En cuanto al primero de los niveles de participación reseñados, puede destacarse el correspondiente a los programas y actuaciones estatales específicamente destinadas a la sensibilización entre los ciudadanos y las empresas, como herramienta fundamental para la plena implantación y uso de las nuevas tecnologías de la información. Entre ellas, cabe enumerar las destinadas a promover «una mejor comprensión, por ejemplo, mediante la difusión de información, de las oportunidades, beneficios y posibles riesgos que supone la sociedad de la

[11] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., pág. 73.

[12] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., pág. 219.

información»; la «recogida y divulgación de la información sobre las necesidades de los ciudadanos y de los usuarios respecto a los servicios y aplicaciones de la sociedad de la información»; el «interés de la industria, en particular de las PYMES, por ofrecer servicios y aplicaciones que satisfagan las necesidades expresadas por los ciudadanos y usuarios, por ejemplo, mediante presentaciones de las actividades, redes, aplicaciones y oportunidades concretas de la sociedad de la información que pueden ser explotadas»; la «demostración de las implicaciones que puede tener la sociedad de la información a escala regional», y el «intercambio de información pertinente entre ciudades y regiones» (Decisión 98/253/CE).

Tales actuaciones de fomento son especialmente relevantes en relación con aquellas aplicaciones que se proyectan en campos y sectores donde las Comunidades Autónomas ostentan competencias, como son, por ejemplo, en los ámbitos de la enseñanza, la sanidad, el comercio y la industria, los servicios administrativos, etc., ámbitos todos ellos en los que, con independencia de que aquéllas puedan desplegar actuaciones propias en ejercicio de sus competencias, resulta esencial promover la mayor coordinación posible entre las diferentes Administraciones Públicas para evitar duplicidades innecesarias y, por tanto, para conseguir la mayor eficacia en las medidas adoptadas.

Las Comunidades Autónomas disponen asimismo de la posibilidad de intervenir en materia de telecomunicaciones a través de títulos conexos vinculados con ella, como son, entre otros, las actividades relativas a la implantación de las infraestructuras de las telecomunicaciones en base a sus competencias de ordenación territorial, en coordinación con las correspondientes actuaciones sectoriales estatales [13]; la normalización, homologación y certificación de equipos o aparatos en virtud de sus competencias de industria, en coordinación con las que corresponden al Estado para aprobar las especificaciones técnicas de tales equipos y aparatos y para la evaluación de conformidad de los mismos (arts. 55 y 57 de la Ley General de Telecomunicaciones) [14], y las infraestructuras comunes en el interior de los edifi-

[13] Vid. en tal sentido la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (art. 19.2); Ley 7/1998, de 16 de julio, por la que se aprueban las Directrices Generales de Ordenación Territorial de Aragón (Directrices 240 y 241); Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de Castilla y León (art. 10.1, letra d); Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears (art. 74), etc.

[14] Sobre el alcance de las competencias autonómicas en relación con tales actividades de normalización, homologación y certificación en materia de industria, y más concreta-

cios para el acceso a los servicios de telecomunicaciones, cuya regulación estatal debe respetar las competencias autonómicas para establecer la normativa de edificación y la supervisión, inspección y sanción de las instalaciones de antenas colectivas y de televisión de circuito cerrado [15].

En tercer lugar, ha de señalarse que las Comunidades Autónomas conservan sus competencias de desarrollo y ejecución en materia de medios de comunicación social, tanto por lo que se refiere a la regulación específica del sector, como al ejercicio de las funciones de control, inspección y sanción respecto de los terceros canales propios y de los servicios de radiodifusión y televisión sobre los que les corresponde otorgar el preceptivo título habilitante (televisiones locales, emisoras de FM) [16].

En relación con este ámbito, dada su creciente importancia, debe dedicarse una atención especial a las telecomunicaciones por cable, cuyo régimen legal –Ley 42/1995, de 22 de diciembre– se basó en un sistema de concesión otorgada por el Estado en las distintas demarcaciones territoriales, en cuya determinación se preveía una participación de las Comunidades Autónomas –en concreto, en la aprobación de las demarcaciones de ámbito supramunicipal–. Ahora bien, en la medida en que entre los servicios de telecomunicación por cable pueden prestarse servicios de difusión en sentido estricto

mente de seguridad industrial, Vid. las SSTC 203/1992, 14/1994, 243/1994, 313/1994 y 179/1998. De otra parte, debe señalarse que la fijación de las condiciones y características técnicas de cada tipo de equipo y aparato radioeléctrico son aspectos que, «por su misma naturaleza técnica, encuentran cobertura en la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.21 de la Constitución) para regular las telecomunicaciones y la radiocomunicación» (STC 167/1993, F.J. 3. En idénticos términos, la STC 244/1993, F.J. 4).

[15] Vid. Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (art. 53); Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, y Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones, en especial la disposición adicional segunda y los artículos 4, 12 y 16 del Reglamento anejo.

[16] Vid. artículo 1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; artículos 25, apartados 1, 2, 3 y 6, 26, 36.2, y disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, declarados expresamente vigentes por la citada Ley 11/1998; artículo 2°.2 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión, aprobado por la Ley 4/1980, de 10 de enero; Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal; artículo 19 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, y artículos 9.1 y 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres.

(radio y televisión), la citada Ley estableció determinadas prescripciones básicas ex art. 149.1.27ª CE en relación con los programadores independientes (art. 10), las obligaciones del concesionario (art. 11.1, letras e, f y g) y los contenidos de la programación (art. 12), abiertas al desarrollo normativo y ejecución de las Comunidades Autónomas, cuya vigencia ha sido expresamente mantenida por la Ley General de Telecomunicaciones en su Disposición derogatoria única.

En ejercicio de las referidas potestades de desarrollo normativo, las Comunidades Autónomas podrán incidir en las condiciones de la relación entre el operador de cable y los programadores independientes –la cual será en principio libremente pactada– mediante la adopción de medidas reguladoras y de arbitraje necesarias para evitar situaciones de dominio en el mercado, garantizando «a los usuarios una oferta variada de servicios competitivos» (art. 10.3 de la citada Ley 42/1995), lo que supone el reconocimiento a las mismas de una amplia y destacada intervención en esta materia, cuyo fundamento se conecta con la garantía de las libertades de expresión e información del artículo 20 de la Constitución.

Por último, conviene resaltar las distintas iniciativas autonómicas encaminadas a la constitución de redes propias con carácter instrumental para asegurar la prestación de servicios de su competencia (Euskaltel, en el País Vasco, el Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad, en Cataluña, la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Administración, en Andalucía, etc.).

2. *Las telecomunicaciones como ámbito esencial de la política de investigación y desarrollo tecnológico.*

Uno de los factores que, sin duda, mejor contribuyen a comprender la acelerada evolución de las técnicas y sistemas de telecomunicación que constituyen el sustrato de lo que hoy conocemos como «sociedad de la información», es el determinado por los avances producidos en el campo de la investigación y desarrollo tecnológico, ámbito en el que se produce una clara concurrencia entre las competencias que corresponden al Estado para el «fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica» (art. 149.1.15ª CE), y las que ostentan las Comunidades Autónomas para el «fomento de la investigación» (art. 148.1.17ª CE), lo que supone que tanto una como

otra Administración pueden articular políticas propias en esta materia[17].

Ahora bien, dadas las enormes inversiones y el alto grado de cualificación y especialización requeridos, resulta una exigencia ineludible en este campo, más que en cualquier otro, establecer políticas globales tanto de carácter nacional, como comunitario europeo, que integren cualesquiera actuaciones promovidas por el conjunto de agentes y sectores, públicos y privados, implicados en el proceso de innovación científica y técnica, ya que sólo así será posible afrontar con éxito los nuevos retos que se plantean en un mercado abierto y de ámbito mundial.

Concretamente, debe destacarse la importancia cada vez más creciente que se da a las telecomunicaciones y, en general, al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías de la información en la política española de I+D. En efecto, entre los objetivos del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, se contiene una precisión específica en relación con el «desarrollo de los servicios públicos y, en especial, de los de ...comunicaciones....», así como a «la adecuación de la sociedad española a los cambios que conlleve el desarrollo científico y las nuevas tecnologías» (artículo 2 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica).

Para llevar a cabo tales objetivos, el Plan Nacional de la Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2000-2003), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1999, ha incluido el Programa de Fomento de la Investigación Científica (PROFIT), dentro del cual se integran, entre otros, el «Programa Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones» y el «Programa Nacional de Sociedad de la Infor-

[17] Al respecto, la doctrina constitucional ha establecido que la competencia autonómica sobre el fomento de la investigación «queda situada en pleno paralelismo sustancial con la atribuida al Estado, de manera que la actividad que éste despliega no puede impedir ni interferir -dejando ahora al margen, claro es, los efectos anudados a la competencia estatal de coordinación general- la que decida desarrollar la Comunidad Autónoma, al haber optado la C.E. en este ámbito [como la simple comparación entre los arts. 149.1.15ª y 148.1.17ª pone de manifiesto y como también sucede en otros ámbitos, significativamente, en el de la cultura (STC 49/84)], por posibilitar un régimen competencial en términos de «concurrencia», que en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña se ha hecho plenamente efectivo. Es justamente, esta concurrencia de competencias en torno de la investigación científica y técnica, que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma pueden ejercitar, lo que justifica y explica la competencia de coordinación que, con carácter genérico, atribuye al Estado el artículo 149.1.15 C.E.» (STC 90/1992, F.J. 2.B). Sobre el alcance de la competencia estatal para la coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15ª CE), Vid. esta misma Sentencia, en su Fundamento Jurídico 2.C.

mación», programas ambos que se insertan en el marco de la Iniciativa Estratégica del Gobierno para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (INFO XXI).

Tales programas, de acuerdo con la Orden del extinto Ministerio de Industria y Energía de 7 de marzo de 2000, por la que se regulan las bases y su régimen de gestión, contemplan un conjunto de ayudas públicas destinadas a fomentar los correspondientes proyectos y actuaciones de investigación en sus distintas fases, desde la investigación básica, pasando por los estudios de viabilidad técnica y las posteriores actividades de demostración y validación, y finalmente la difusión de sus resultados y la definitiva transferencia y aplicación de los mismos en el ámbito empresarial.

En concreto, como objetivos del primero de los programas mencionados, se prevén los siguientes: mayor movilidad en las comunicaciones; mayor ancho de banda; mejora del acceso a la información en la red y de su gestión, y mayor funcionalidad y flexibilidad de los sistemas «software».

En cuanto al «Programa Nacional de Sociedad de la Información», se establece como objetivo general el fomento de la realización de «proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico de sistemas y servicios tecnológicos avanzados de interés general para las empresas y los ciudadanos, en particular en el campo del comercio electrónico, que contribuyan al avance de la Sociedad de la Información y su cultura». A tal fin, se incentivarán «proyectos innovadores de alta repercusión social, que den respuesta a necesidades de colectivos de usuarios», preferentemente en las áreas de aplicación siguientes:

- Administraciones Públicas (servicios interactivos, nuevos sistemas de acceso para el ciudadano y sistemas para mejorar la eficacia administrativa).
- Hogar y espacios colectivos (aplicaciones de TV digital interactiva, aplicaciones multimedia, etc.).
- Educación y formación (teleformación, sistemas educativos avanzados para redes, etc.).
- Gestión del entorno urbano, natural e industrial (sistemas para la gestión ambiental, sistemas integrados de gestión de emergencias, etc.).
- Personas con necesidades especiales (sistemas asistenciales, sistemas para mejorar su autonomía, etc.).

- Turismo y ocio (sistemas multimedia, de integración de servicios turísticos, de ocio y cultura, etc.).
- Salud (telemedicina, asistencia sanitaria, sistemas de apoyo a los profesionales, etc.).
- Empresas (sistemas de gestión integral y de recursos, de planificación y de ayuda a la toma de decisiones, de formación, creación de «info-redes», asistencia técnica para la difusión y aplicación de las nuevas tecnologías, promoción del uso de Internet, proyectos de experimentación y validación que permitan la implantación de sistemas de acceso con un ancho de banda y unos costes suficientemente competitivos, etc.).

En esa misma línea, se han promovido asimismo distintos proyectos que integran tecnologías, equipos y aplicaciones en condiciones de funcionamiento próximas a las reales, como son, entre otros, el Plan de Acción Nacional en Sistemas VSAT (Plan SAT) y el Plan de Actuación para el Desarrollo de la Televisión Digital en España (Plan TVD), ambos gestionados por la extinta Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento.

Igualmente, se ha participado activamente en la gestión de programas europeos de I+D y de apoyo a la implantación de nuevos servicios telemáticos: programa IST (Tecnologías para la Sociedad de la Información del V Programa Marco); programa Ten-Telecom (Redes Transeuropeas de Telecomunicaciones); Plan de Acción de Internet, para fomentar la implantación de herramientas y servicios que eviten el uso de internet para difundir contenidos ilegales o perniciosos para la infancia y la juventud); Comité de Telemática entre Administraciones (TAC), etc.

En conclusión, siendo como son las telecomunicaciones un campo prioritario de los planes de investigación y desarrollo, y siendo como es esta última materia un ámbito con competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, debe tenerse en cuenta que, si bien el Estado será el responsable de diseñar la política de investigación en la materia a nivel nacional, las Comunidades Autónomas adquieren mediante el ejercicio de este título facultades importantes de orientación del desarrollo de las telecomunicaciones en su propio ámbito territorial, como, por ejemplo, fijando incentivos para la creación de nuevas empresas de servicios, elaborando una política de parques tecnológicos, o fomentando la instalación en su territorio de redes de fibra óptica. En esta línea de necesaria coordinación incide

el artículo 68 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto a la elaboración, gestión y ejecución de los correspondientes programas sectoriales de investigación y desarrollo en materia de telecomunicaciones [18].

3. *Las telecomunicaciones como factor de cohesión económica y social*

Otra faceta a considerar en este análisis sobre los implicaciones de la sociedad de la información, es la constatación de la relevancia que tienen las telecomunicaciones y las nuevas tecnologías de la información como motor de la economía, y ello no sólo por el carácter esencial que juegan, por sí mismas, como sector específico de la economía nacional, sino también por su trascendencia como elemento infraestructural clave en el desarrollo de la economía en general.

Es en esta vertiente economicista donde cobra mayor justificación la reserva al Estado de la materia de telecomunicaciones como una manifestación más del principio de unidad económica del mismo. Incluso algunos autores han reparado en esta dimensión de las telecomunicaciones como «sector económico fundamental» (Soriano García y Gutiérrez Carrizo), o, desde la perspectiva estrictamente competencial, consideran el título relativo a las telecomunicaciones (art. 149.1.21ª CE) como un ejemplo de los muchos supuestos de reserva al Estado de «competencias de proyección económica» (García de Enterría y Muñoz Machado) [19].

Pues bien, desde este enfoque de las telecomunicaciones como sector económico, interesa destacar en primer término el enorme esfuerzo realizado durante los últimos años, tanto en el contexto europeo como nacional, en orden a establecer el necesario marco legal que permitiera introducir la plena liberalización en este sector, posibilitando la aparición de nuevos operadores en el mercado, un aumento de la competencia y una rebaja generalizada de los precios [20]. En efec-

[18] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., pág. 299.

[19] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., págs. 270-271. Vid. cita de autores en Nota.

[20] En este sentido, como principales hitos legislativos en el proceso de liberalización del sector, hay que mencionar los siguientes: la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que ordenó los servicios de telecomunicaciones en cuatro grandes grupos (servicios portadores, servicios finales, servicios de valor añadido y servicios de difusión), liberalizando la prestación de los servicios de valor añadido; la Ley 37/1995, de 12

to, la acción del Derecho comunitario se ha basado en tres pilares fundamentales: la liberalización de aquellas áreas sujetas a monopolios públicos, la armonización del mercado europeo y la aplicación del Derecho de la competencia al sector de las telecomunicaciones.

Ahora bien, el referido objetivo de abrir el mercado y eliminar barreras a la competencia, ha de ir acompañado de la exigencia ineludible de garantizar «un conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que habrán de prestarse con una calidad determinada y ser accesibles, a un precio asequible, a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica» (artículo 11 del Real Decreto 1736/1998, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones), evitando con ello que el simple juego del mercado pueda excluir a una parte de la sociedad del acceso a una serie de servicios considerados básicos, por el simple hecho de residir en zonas geográficas escasamente rentables para el mercado.

A esta finalidad sirve el concepto de «servicio universal», en cuya definición adquieren una especial relevancia los objetivos de cohesión económica y social y de igualdad territorial (art. 12 del citado Real Decreto 1736/1998). En este mismo sentido se pronuncia la Unión Europea, al señalar que «las medidas necesarias para la reali-

de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite; la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable; la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, por la que se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se habilita a RETEVISION como segundo operador de telecomunicaciones, lo que supuso la ruptura del monopolio de Telefónica en la prestación del servicio de telefonía fija, y se modifican parcialmente las leyes de Ordenación de las Telecomunicaciones y la de Telecomunicaciones por Cable, introduciendo condiciones más favorables para los operadores de cable en un sector cuyo desarrollo exige cuantiosas inversiones en infraestructura; el Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Cable, a cuyo amparo se han convocado 43 concursos para el otorgamiento de las correspondientes concesiones en otras tantas demarcaciones territoriales, lo que ha permitido la introducción de 37 nuevos operadores que prestarán el servicio en competencia con Telefónica; el Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de las Telecomunicaciones por Satélite; el Real Decreto 1252/1997, de 24 de julio, que posibilitó el otorgamiento de la tercera concesión de telefonía móvil (Retevisión Móvil, S.A.); la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por la que se incorporan en su totalidad la directivas comunitarias sobre la materia, y a partir de la cual se han dictado el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, el Real Decreto 1750/1998, de 31 de julio, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 11/1998, el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones, etc., y, como última medida encaminada a tal fin, el recientemente aprobado Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones.

zación de la sociedad de la información deben tener en cuenta tanto la cohesión económica y social de la Comunidad, como la continuidad del funcionamiento del mercado interior» (Decisión del Consejo Europeo 98/253, de 30 de marzo). Asimismo, tanto la Ley General de Telecomunicaciones (art. 42.2), como el citado Real Decreto 1736/1998 (art. 42), prevén la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público «por razones de cohesión territorial» [21].

El principio de igualdad interterritorial, garantizado como una manifestación del principio de unidad económica en el artículo 139.1 de la Constitución, deviene así en un elemento clave a la hora de establecer cualesquiera planes y actuaciones estatales en este campo, y que, sin duda, justifica la intervención de las Comunidades Autónomas mediante el ejercicio de sus competencias para la «promoción y el desarrollo económico» en su ámbito territorial (art. 148.1.13ª CE), pudiendo diseñar planes y políticas propias dirigidas a tal fin. Así, ha de resaltarse que, tras la aprobación de la Ley 7/1984, de 31 de marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial, para que las Comunidades Autónomas pudieran beneficiarse de las ayudas al desarrollo regional procedentes de los Fondos comunitarios FEDER, que incluyen medidas específicas sobre telecomunicaciones, se estableció como obligatoria la elaboración de los llamados «Planes de Desarrollo Regional» por parte de aquéllas. Igualmente, en el marco del desarrollo regional, la Ley 50/1985, de 23 de diciembre, de Incentivos Regionales estableció que las actividades promocionables que se adopten, de acuerdo con las directrices y orientaciones sectoriales que el Gobierno fije en cada momento, lo serán «tomando en consideración las previsiones de las Comunidades Autónomas» (artículo 1.1).

Finalmente, en el marco específico de los programas de desarrollo regional en materia de telecomunicaciones, debe resaltarse la puesta en marcha de diversos programas estatales, con financiación proveniente de los fondos estructurales comunitarios, como el Programa STAR, que permitió financiar infraestructuras de telecomunicaciones y servicios, y que supuso un significativo avance en la digitalización de las redes y de la implantación de servicios en zonas deprimidas económicamente de nuestro país, o el Programa ARCO/TELEMATICA, destinado a proyectos que impliquen la utilización por las PYMES de Servicios Avanzados de Telecomunicación (SAT), programas ambos gestionados por la extinta Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento y en cuya definición participaron las Comunidades Autónomas.

[21] Establecen los citados preceptos que el Gobierno, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá imponer a los operadores dominantes y a los que tengan reconocido el derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada, otras obligaciones de servicio público por razones de cohesión territorial o de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, a la educación o a la cultura.

En este mismo sentido, como elemento vertebrador del desarrollo regional, interesa destacar también el relevante papel que, en el marco de la ordenación territorial, pueden desempeñar los correspondientes planes y actuaciones de las Comunidades Autónomas en relación con la implantación y dotación de las infraestructuras de telecomunicaciones –en especial las referidas al cable–, a las que se ha hecho referencia anteriormente.

En definitiva, desde su consideración como fenómeno económico, y a fin de reducir al mínimo los eventuales impactos negativos que las nuevas tecnologías pudieran tener para la plena realización de los objetivos de cohesión e integración económica y social, «es necesaria la actuación coordinada y oportuna de todos los agentes implicados, que deben reflexionar previamente sobre el establecimiento de un conjunto de principios comunes para el desarrollo de una Sociedad de la Información basada en las telecomunicaciones. Entre todos estos agentes van a ocupar un lugar protagonista los agentes regionales, puesto que ellos están más cerca de la problemática asociada a las carencias y desigualdades. Las telecomunicaciones abren a las regiones, sobre todo a las más desfavorecidas, múltiples oportunidades para compensar anteriores desventajas de localización, para construir tejidos productivos modernos, competitivos e integrados, y para generar por sí mismas crecimientos en términos económicos, de nuevo tejido empresarial y de oportunidades de empleo mucho más adaptado a las características socioeconómicas, territoriales y de población local» [22].

4. *La Sociedad de la Información y su implicación en el ámbito de los derechos*

Como último aspecto a analizar en este bloque, pero no por ello menos importante que los anteriores, es el relativo a la incidencia que

[22] Javier Revuelta del Peral, «Impacto de las telecomunicaciones en la sociedad», pág. 125. Trabajo incluido dentro de la obra colectiva «La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global», págs. 115 a 126. Ed. La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid, 1999.

la implantación de las nuevas tecnologías de la información vaya a tener en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, lo que se va a realizar desde una triple vertiente:

4.1. Las telecomunicaciones como soporte para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información.

En efecto, hay que reseñar en primer término la trascendencia que tienen los servicios de telecomunicación, y concretamente los medios de comunicación social (servicios de difusión), no sólo como cauce para el desarrollo de los nuevos servicios de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías, sino también como soporte para el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados a la libertad de expresión y a informar y ser informado (artículo 20 de la Constitución).

Pues bien, desde esta perspectiva, siguiendo la ya citada obra de la Profesora Fernández Esteban[23], pueden apuntarse someramente algunas de las implicaciones que las nuevas tecnologías de la información tienen sobre el ejercicio de los referidos derechos. En concreto, cabe mencionar las siguientes:

• La integración entre sistemas de comunicación y medios de comunicación social.

En efecto, debido a la convergencia entre la tecnología de telecomunicaciones, la informática y la radiodifusión, las nuevas tecnologías afectan a todos los sistemas de comunicación hasta este momento considerados como sistemas independientes: los sistemas privados o de comunicación bidireccional o interpersonal (teléfono, correo, fax, etc.) y los medios de comunicación de masas, o de comunicación unidireccional entre un centro emisor inteligente y una multitud de receptores pasivos.

Como consecuencia de las posibilidades técnicas que ofrecen las nuevas tecnologías, caracterizadas por la integración entre ambos sistemas de comunicación y sus posibilidades de interactividad para los usuarios (el paradigma de este fenómeno es Internet), la distinción tradicional entre emisor y receptor de información sobre la que se basa la dicotomía entre sistemas de comunicación y medios de comunicación social tiende a difuminarse, lo que lleva a la necesidad de

[23] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., págs. 75-98.

explorar nuevos modelos de intervención pública en este ámbito en los que se refleje la variedad de tipos de comunicación que ofrecen las nuevas tecnologías.

• La concentración de medios y la garantía del pluralismo.

El segundo de los problemas que interesa resaltar, es el relativo a la concentración de los medios de comunicación escrita y audiovisual que se está produciendo como consecuencia de la fusión entre los sectores de información y entretenimiento, dando lugar a la creación de unos pocos grandes imperios de la comunicación dedicados a la producción, distribución y presentación de recursos electrónicos de información, lo que difumina la distinción tradicional entre la prensa, la radio, la televisión, las telecomunicaciones y las empresas productoras de contenidos. Este proceso de concentración o integración de medios tiene lugar tanto en un sentido vertical, agrupando a los proveedores de contenidos, a las empresas titulares de redes o medios de transmisión y a las compañías fabricantes de equipos electrónicos e informáticos, como horizontal entre distintos medios de comunicación.

La excesiva concentración de medios, aunque parece una respuesta natural del mercado para afrontar las elevadísimas inversiones que requieren las nuevas tecnologías de la información, plantea sin embargo el problema de articular fórmulas específicas y más eficaces de control, además de las tradicionales que existen en el derecho de la competencia, con el fin de garantizar adecuadamente el pluralismo cultural, social y político que establece el artículo 20.3 de la Constitución.

• El control de la información en Internet.

La última de las cuestiones a apuntar en este apartado, es la referid a a la regulación de los contenidos que circulan por Internet, y, más concretamente, la necesidad o no de establecer nuevas normas limitativas de la libertad de expresión en Internet, distintas a las existentes para los medios tradicionales en el mundo analógico (comunicación privada, prensa y radiodifusión).

La solución a tal cuestión es enormemente compleja debido al carácter mundial de las redes y, por tanto, a la facilidad de eludir disposiciones nacionales con distintos grados de tolerancia. Pese a ello,

dado el peligro potencial que para los menores supone cierta información presente en la Red, algunos países sí han introducido normas específicas restrictivas de la libertad de expresión en Internet.

Expuesto lo cual, desde la perspectiva estrictamente competencial, cabe concluir que «la invocación por parte del Estado del título de competencia contenido en este primer apartado del artículo 149.1 CE en relación con el ejercicio de las libertades de expresión e información a través de los medios de comunicación social no puede suponer en ningún caso –y menos tras la última interpretación en clave autonomista que ha dado el Tribunal Constitucional a este artículo en su Sentencia 61/1997– la «hipertrofia» de las bases estatales en la materia y la consiguiente anulación de las competencias autonómicas de desarrollo y ejecución. El Estado es el competente para regular las bases del régimen de los medios de comunicación social de modo que se establezcan para todo el Estado las «condiciones básicas» de ejercicio de las libertades del artículo 20 CE a través suyo, sin que por ello se nieguen las competencias de las Comunidades para completar y ejecutar tales bases, conclusión ésta que ha de respetarse tanto en relación con los medios clásicos como con los nuevos medios de comunicación electrónicos en la medida en que se aborde su regulación específica»[24].

4.2. Las nuevas tecnologías y los derechos que protegen la vida privada

La incorporación de las nuevas tecnologías, que permiten la circulación de millones de datos en cuestión de segundos, conlleva la aparición de nuevas posibilidades de intromisión y control en la vida privada de los individuos, y, en esa medida, la necesidad de reforzar los sistemas de protección y de seguridad electrónica que posibiliten el pleno y libre ejercicio de los derechos que protegen constitucionalmente la esfera privada de las personas, en especial los relativos a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (artículo 18 de la Constitución).

Ello implica que el legislador habrá de buscar un adecuado equilibrio entre la protección de tales derechos y otros derechos e intereses no menos relevantes, como son los derechos a una comunicación libre, el interés creciente que tiene la sociedad –y en especial las

[24] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., págs. 397-398.

empresas– en la circulación de la información sobre los individuos y el también legítimo interés del Estado en garantizar la aplicación de la Ley[25].

De otra parte, cabe resaltar además que los aspectos relacionados con la seguridad de los nuevos servicios telemáticos pueden suponer una barrera importante para su utilización masiva por parte de los ciudadanos. Así lo entiende la Unión Europea al afirmar que «la exigencia de que se proteja la intimidad experimentará un fuerte aumento al hacerse realidad el potencial de las nuevas tecnologías, capaces de conseguir (incluso más allá de las fronteras nacionales) información detallada sobre individuos a partir de fuentes en forma de datos, voz e imágenes, y de manipular dicha información. Sin la seguridad legal de un enfoque común en toda la Unión, la falta de confianza por parte de los consumidores socavará sin duda el rápido desarrollo de la sociedad de la información». Asimismo, «las disparidades en el nivel de protección de estas normas sobre la intimidad generan el riesgo de que las autoridades nacionales restrinjan la libre circulación entre los Estados miembros de una multitud de servicios, a fin de proteger los datos personales», según señala el ya citado informe Bangemann[26].

Pues bien, entre los medios tecnológicos implantados para proteger la seguridad y la integridad de las comunicaciones en la red, destaca el relativo a la firma electrónica en cuanto elemento fundamental, aunque no el único, para garantizar la autenticación de los autores del documento electrónico y para proteger la integridad de los datos. En este sentido, debe señalarse que España ha sido uno de los primeros países en implantar y regular este sistema, concretamente mediante el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, cuya urgente aprobación se justifica, según su exposición de motivos, en el «deseo de dar, a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y rápida difusión».

Asimismo, conviene precisar que las otras dos cualidades de la seguridad, como son la confidencialidad y la disponibilidad, afectan esencialmente a las infraestructuras, al menos en lo que respecta a los servicios prestados por los operadores, por lo que será necesario avanzar en aspectos como el encriptado y el secreto de las comunicaciones y su interceptación legal, o la normalización de los requisitos

[25] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., pág. 157.

[26] «Europa y la Sociedad Global de la Información». Recomendaciones al Consejo Europeo..., ob.cit..

de seguridad en su aplicación a los servicios, equipos y sistemas de telecomunicación. En este sentido, ha de destacarse la importancia que tiene la autorregulación y el establecimiento de buenas prácticas de seguridad en los diferentes ámbitos.

4.3. La igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías (servicio universal).

Finalmente, en este análisis que se viene realizando sobre los efectos de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de los derechos, no puede dejar de señalarse uno de los problemas cruciales que plantea la sociedad de la información, cual es el relativo a los riesgos que conlleva en cuanto a «la desintegración social y la oposición de los que tienen acceso a las nuevas tecnologías y los que no. En el futuro podrían existir diferentes modelos de sociedad de la información, como ahora existen diferentes modelos de sociedades industrializadas. Es posible que difieran en el grado en el que evitan la exclusión social y en la creación de nuevas oportunidades para los menos afortunados». Por ello, la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida pública (artículo 9.2 de la Constitución) «adquiere así una nueva dimensión en la sociedad de la información. La difusión de las nuevas tecnologías aporta nuevas oportunidades para construir una sociedad más igualitaria y participativa. Evitar la exclusión de parte de la población constituye el reto más importante que plantea la sociedad de la información» [27].

Así lo advierte la propia Unión Europea cuando alude al llamado «desafío social», afirmando que el principal riesgo de la nueva sociedad de la información reside en la creación de una «sociedad de dos velocidades», en la que «una parte de la población tenga acceso a la nueva tecnología, la maneje con soltura y goce plenamente de sus beneficios», debiendo afrontarse «convenciendo a las personas de que las nuevas tecnologías ofrecen la perspectiva de un gran paso en pos de una sociedad europea menos sujeta a la rigidez, la inercia y la compartimentación. Agrupando recursos que tradicionalmente se encontraban dispersos, e incluso distantes entre sí, la infraestructura de la información desencadena un potencial ilimitado de adquirir conoci-

[27] Mª Luisa Fernández Esteban, «Nuevas Tecnologías...», ob.cit., Nota Preliminar, págs. XXIII-XXIV.

mientos, innovación y creatividad. Esto plantea a las autoridades públicas la responsabilidad de establecer salvaguardias y de garantizar la cohesión de la nueva sociedad. Deberá garantizarse a todos un acceso equitativo a la infraestructura, al igual que la prestación de un servicio universal, cuya definición debe ir de la mano de la evolución tecnológica. La educación, la formación y la promoción desempeñarán necesariamente un papel fundamental» [28].

En definitiva, la consideración del título contenido en el artículo 149.1.1ª CE en relación con las telecomunicaciones «permite principalmente justificar más profundamente la exclusiva competencia estatal en la misma, por cuanto sólo a través de una regulación uniforme procedente del poder estatal cabrá asegurar uniformemente, en todo el territorio, la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones, de la libertad informática en sus distintas variantes y de las libertades de expresión e información, y, más profundamente, la igualdad o, mejor dicho, una mínima uniformidad en las condiciones de vida en todo el territorio, determinada por un mínimo en la prestación de servicios esenciales y, entre ellos, los de telecomunicaciones» [29].

III. Conclusiones

Examinada en las líneas precedentes la trascendencia del concepto «sociedad de la información» desde la perspectiva estrictamente competencial, se constata claramente que estamos en presencia de un fenómeno global en el que se integran un amplio conjunto de actividades con múltiples manifestaciones en los más diversos ámbitos y sectores que, en esa medida, impiden que puedan reconducirse todos ellos a un único título competencial. Ello lleva, sin duda, a considerarlo como un concepto de carácter horizontal o «transversal» que se proyecta, modulando en muchos casos su contenido, sobre los diferentes títulos competenciales constitucional y estatutariamente atribuidos tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, pero que en modo alguno se yuxtapone a éstos. Carece, pues, de los elementos y requisitos necesarios para ser considerado como un título competencial con autonomía y sustantividad propia.

[28] «Europa y la Sociedad Global de la Información». Recomendaciones al Consejo Europeo..., ob.cit..

[29] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., pág. 306.

En todo caso, dadas las principales implicaciones del concepto, cabría sostener con bastante fundamento que su conexión prevalente se da con el título estatal relativo a las telecomunicaciones, entendido éste en un sentido amplio derivado de la evolución operada por la aparición de las nuevas tecnologías de la información que, en los términos y por las razones que han sido expuestas anteriormente, han producido una profunda y sustancial transformación del contenido y alcance de la referida materia.

En esta línea parece encaminarse la previsión general contemplada en la vigente Ley General de Telecomunicaciones, por la que se atribuyen al Ministerio de Fomento –para «facilitar el desarrollo de la sociedad de la información»– las funciones destinadas a promover la expansión del conocimiento de los nuevos servicios de telecomunicaciones y su acercamiento al ciudadano, así como las de elaborar y difundir programas de utilización de los nuevos servicios de telecomunicaciones para la sociedad de la información que contribuyan a la creación de mejores condiciones para el desarrollo económico, social y cultural (artículo 68.1).

Interpretado en este sentido amplio el título de telecomunicaciones, resulta posible abordar desde una perspectiva unitaria e integradora, convenientemente incardinada en los ámbitos europeo e internacional, una ordenación y regulación del concepto «que responda a su especial naturaleza como fenómeno global, con profundas implicaciones en la economía, las relaciones internacionales, la política de investigación y desarrollo y la creación de infraestructuras dentro del marco de la ordenación del territorio. Sólo así se podrá, en definitiva, lograr una igualdad básica en las condiciones mínimas de ejercicio de derechos y obligaciones en todo el territorio, y no sólo en el más inmediato disfrute de los servicios de telecomunicaciones, sino más profundamente, atendiendo a su carácter instrumental, en las más completas manifestaciones de tal igualdad»[30].

Ello en modo alguno supone una reasunción de nuevas competencias en favor del Estado, ni mucho menos un vaciamiento o reducción del ámbito competencial autonómico como consecuencia de la aparición del referido fenómeno. Por el contrario, como también se ha tratado de exponer en el apartado anterior, ambas instancias –Estado y Comunidades Autónomas– mantienen inalterables sus respectivos

[30] Matilde Carlón Ruiz, «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones...», ob.cit., págs. 306-307.

ámbitos competenciales, disponiendo éstas además de múltiples posibilidades de intervenir en la elaboración y desarrollo de los correspondientes programas y actuaciones estatales, bien ejercitando competencias propias directamente afectadas por éstos, bien mediante el desarrollo de competencias conexas.

Ahora bien, dado el carácter global e intersectorial que caracteriza al referido fenómeno, con múltiples aplicaciones que inciden en una gama amplia de materias (educación, sanidad, comercio, etc.), cualquier programa o actuación específica que se promueva al respecto va a requerir inevitablemente un amplio esfuerzo por lograr la mayor coordinación e integración posibles entre los diferentes sujetos implicados, y concretamente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, máxime en un ámbito como éste con una marcada dimensión supranacional. Exigencia ésta que si resulta necesaria en cualquier ámbito, en éste deviene imprescindible para afrontar con éxito los nuevos retos que plantea la llamada «sociedad de la información».

En este sentido ha de encuadrarse la Iniciativa Estratégica para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (INFO XXI), aprobada por el Gobierno con fecha 9 de abril de 1999, con el propósito de impulsar un conjunto de programas y medidas de alcance nacional que, a través de la coordinación entre todos los Ministerios, permitan acceder con la mayor rapidez a los beneficios y oportunidades que ofrece la sociedad de la información.

Para el cumplimiento de dicho objetivo, el Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio, procedió a la creación de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías, a fin de asegurar «el carácter armónico e integrador de todas las propuestas contenidas en la Iniciativa, facilitando las actuaciones conjuntas de los diversos organismos con competencias en la materia. Tal solución no implica la centralización de la gestión ni la absorción de las competencias que actualmente corresponden a los diferentes Departamentos ministeriales», según precisa su exposición de motivos. En concreto, dicho Real Decreto establece que la citada Comisión «estudiará las fórmulas más apropiadas de colaboración con las Comunidades Autónomas con el fin de acordar con cada una de ellas propuestas de actuaciones conjuntas para el desarrollo de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías en España» (artículo 6).

En esta misma línea, como órgano susceptible de canalizar la participación de las Comunidades Autónomas en el ámbito de las teleco-

municaciones, y, específicamente, en el diseño y elaboración de las políticas estatales encaminadas a la difusión e implantación de las nuevas tecnologías de la información, debe citarse el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones, cuyo papel coordinador en ese ámbito se estima relevante y, en esa medida, deberían reforzarse sus funciones [31].

Asimismo, se considera necesario desarrollar y potenciar los correspondientes mecanismos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el sector audiovisual, posibilitando la mayor participación posible de éstas en la elaboración de la normativa específica del referido sector, en el control de los contenidos y, en general, en la definición de las grandes cuestiones que actualmente se están planteando en el ámbito europeo en este campo de la comunicación.

En definitiva, «la idea de sociedad de la información engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, de importancia creciente en las naciones situadas en la vanguardia económica y cultural, a lo que no pueden sustraerse los poderes públicos. La sociedad española podrá beneficiarse de esta transformación en la medida en que sea capaz de adoptar con rapidez ciertas innovaciones tecnológicas y, en consecuencia, pueda disfrutar de las nuevas oportunidades que se ofrecen. Si bien es cierto que el sector privado constituye la fuerza motriz del desarrollo de la sociedad de la información, el papel de la Administración es esencial para asegurar un marco que estimule la creación de nuevas empresas, las inversiones en nuevas tecnologías y la adquisición de los conocimientos necesarios» (Exposición de Motivos del citado Real Decreto 1289/1999).

Ello lleva a proclamar la exigencia ineludible de promover en este ámbito cuantos foros resulten necesarios en orden a posibilitar la máxima implicación de todos los agentes públicos y privados en la

[31] El referido Consejo fué creado por la disposición adicional tercera de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, y su composición y régimen de funcionamiento viene regulado en el Real Decreto 970/1991, de 14 de junio, posteriormente modificado por el Real Decreto 1398/1992, de 20 de noviembre, y en la Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 22 de noviembre de 1994. La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones establece que dicho órgano estatal estará compuesto por representantes de la Administración del Estado, Administraciones autonómicas, Administración local, usuarios, operadores de telecomunicaciones, industrias fabricantes de equipos y sindicatos más representativos (art. 70)

determinación del marco más adecuado para impulsar el desarrollo de la sociedad de la información, y fomentar al mismo tiempo la difusión y concienciación pública de las oportunidades y retos que ésta representa.

En este sentido, dada la fuerte vis expansiva que potencialmente conlleva la evolución operada por el concepto de telecomunicaciones, con la consiguiente necesidad de contrarrestar dicha tendencia en garantía de la integridad de otras materias directamente afectadas por él, se considera esencial la puesta en marcha de un órgano capaz de analizar e integrar, sobre la base de los principios de coordinación y colaboración recíprocas, las diferentes políticas y actuaciones del Estado y las Comunidades Autónomas más implicadas por este nuevo fenómeno que representa la sociedad de la información, bien mediante su creación ex novo, bien a través de otros órganos ya constituidos, modificando su composición y potenciando sus funciones, como pueden ser la antes citada Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías o el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO DE DESPIDO

POR

JUAN B. LORENZO DE MENBIELA

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

SUMARIO: I. Ambito de aplicación de la ejecución provisional . II. Ejecución provisional de la readmisión. 1. Competencia judicial , legitimación y solicitud. 2. Plazo para instar la ejecución . 3. Procedimiento del incidente. 4. Contenido del auto. 5. Efectos económicos derivados de la ejecución provisional tras la sentencia resolutoria. Sentencia del Juzgado declarando nulo el despido, cuando el Tribunal Superior de Justicia declare la improcedencia. Sentencia del Juzgado declarando improcedente el despido: a. Improcedencia. b. Nulo. c. Procedencia.

I. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

El ámbito de aplicación de la ejecución provisional en materia de extinción de relaciones laborales, ubicada en el Titulo II del Libro IV, artículos 295 a 300 de la Ley de Procedimiento Laboral, comprende un amplio elenco de resoluciones judiciales caracterizadas todas ellas por la extinción de la relación laboral del operario con la empresa, independientemente del origen de la crisis laboral. Ya hemos advertido de esta característica más atrás, tan distinta con la regulación procesal de la ejecución definitiva, más encorsetada en cuanto al ámbito objetivo de aplicación y que supone por ello una inexplicable extensión no reconocida en la ejecución definitiva.

La ejecución provisional en el ámbito laboral es radicalmente diferente al civil. No solo en cuanto a sus orígenes. Recordemos que la Ley de Reforma Urgente de 1984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo la admisión del recurso de apelación en ambos efectos en el artículo 384. Constituyendo el marco normativo de la ejecución provisional los artículos 385 y 391 sobre aquellas resoluciones que puedan liquidarse o que no condenando a cantidad alguna no irrogue un perjuicio irreparable.

La naturaleza de esta ejecución provisoria es esencialmente condicional e instrumental respecto al pronunciamiento *ad quem*.

Apostando parte de la doctrina que goza de una característica propia y específica de tutela cautelar[1], debiendo el solicitante de la ejecución provisional prestar caución suficiente, bien mediante fianza o aval bancario para responder de los daños, perjuicios y costas ocasionados, artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El ámbito objetivo de aplicación refiere a las hipótesis de realización inmediata de la condena contenida en la sentencia o a condenas de objeto diferente.

Pero además de esta nota distintiva, debemos advertir que la ejecución provisional refiere única y exclusivamente a las sentencias[2]. No procede la misma contra el resto de los títulos ejecutivos que lleven aparejada ejecución y que han sido objeto de estudio más atrás[3]. Esta restricción deviene consecuencia del reconocimiento que la Ley de Procedimiento Laboral practica a determinadas resoluciones concretas, tipificadas en la Norma Procesal para comparecer ante el *iudex ad quem* mediante el recurso pertinente.

Concretamente respecto a la certificación de la conciliación previa y la conciliación judicial, expresamente, la Ley de Procedimiento Laboral impone para su cumplimiento la remisión a los trámites de

[1] Lorca Navarrete, Álvarez Sacristán y Silguero Estagman, La Teoría y la práctica del Proceso Civil y su concordancia el proceso laboral y el Contencioso-Administrativo, 1ª Edic. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 880.

[2] En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988 (RJ 1988,6026), Fundamento de derecho cuarto:

«Por otra parte, el art. 227 de la Ley Procesal Laboral limita la ejecución provisional a las sentencias que declaren la nulidad o la improcedencia del despido, y esta norma no puede extenderse por analogía a los autos dictados en incidente de no readmisión, ya que a diferencia de aquéllas éstos no contemplan como normal la perspectiva de una reanudación del contrato de trabajo, sino que declaran su extinción a instancia del trabajador. Tampoco es posible justificar la ejecución provisional, refiriéndose a la sentencia que condenó a la readmisión, pues se trata de una resolución firme cuya ejecución ha de realizarse de forma definitiva por la vía que establece el art. 211 de la citada Ley. De ahí que haya que concluir que los autos recurridos al acordar el abono de salarios en ejecución provisional del de 27 de noviembre de 1985 incurrieron en la infracción que se les imputa, contraviniendo lo ejecutoriado y aplicando indebidamente los arts. 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral ["]».

En semejante posición, sentencias de 24 de marzo de 1987 (RJ 1987, 6346); 20 de junio de 1988 (RJ 1988,5424) y 20 de junio de 1988 (RJ 1988,54,23).

[3] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 319; Albiol Montesinos, Derecho Procesal Laboral, 1ª Edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 546 a 547; Ríos Salmerón, «Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido» en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Montoya Melgar, 1ª Edic., Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, pág. 108; Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1631 y Ríos Salmerón, «El proceso de ejecución en el anteproyecto de la Ley de Procedimiento Laboral (y II)», Ob. Cit., 13, 1990, pág. 176.

ejecución de sentencias, siendo lo procedente acudir a la ejecución definitiva y no a la ejecución provisional[4].

El rigor técnico en la regulación normativa entre una y otra especie de ejecución también es una nota más. No se puede entender cómo el legislador frente a la acertada atribución funcional de la competencia en el ejecución definitiva; emplea términos tan indeterminados como los introducidos en el artículo 295.1º: *Tribunal* y en el artículo 296: *Sala*.

Sobre esta imprecisión técnica algún autor concluye que solo procedería la ejecución provisional de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, excluyéndose las del Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo[5]. O bien estimar la incompetencia de las Salas del Tribunal Superior de Justicia –*ex* artículo 7 de la Ley de Procedimiento Laboral– por omitir en la descripción funcional de sus competencias referencia alguna a la ejecución provisional[6]. La generalidad de los autores estiman, contrariamente, que la ejecución provisional puede producirse bien ante el Juzgado, bien ante el Tribunal Superior de Justicia[7]. Distinguiendo dos situaciones:

- Cuando el Tribunal Superior de Justicia confirme la del *iudex a quo* en su pronunciamiento de nulidad o improcedencia del despido, si impugnada ante el Tribunal Supremo, el título de ejecución provisional será la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.
- Cuando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida en Recurso de casación para la unificación de doctrina modifi-

[4] Marín Correa, «Ejecución de las sentencias firmes de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., págs. 1631 a 1632.

[5] Durán López, «El Proceso de despido en el nuevo Texto Articulado: cognición y ejecución», Ob. Cit., I, 1990, pág. 471. Tesis de difícil justificación sobre la dicción del artículo 295.1º tanto en la redacción ofrecida por la Real Decreto Legislativo 27 de abril de 1990, núm. 521/1990 como por el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2/1995.

[6] García Paredes, «Ejecución Provisional y Definitiva de sentencias en procesos por despido» en La Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Experiencias aplicativas y evaluación crítica, Ob. Cit., XIV, 1993, pág. 277.

[7] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 321; Cachón Villar y Desdentado Bonete, Reforma y crisis del Proceso Social (1994-1996), 1996, Ob. Cit., pág. 127; Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 349; Ordeig Fox, «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», Ob. Cit., 5, 1992, pág.. 79; Marín Correa, «Puntos Críticos en la ejecución de la sentencia de despido» , Ob. Cit., 19, 1992 pág. 346 y Ríos Salmerón, «El proceso de ejecución en el anteproyecto de la Ley de Procedimiento Laboral» , Actualidad Laboral, 13, 1990, pág. 177.

que el fallo de instancia en su alcance cuantitativo sin revocarlo. El título ejecutivo de la ejecución provisional dejará de ser el pronunciamiento de instancia, debiéndose acomodar al contenido del dictado por el Tribunal Superior de Justicia [8].

Además de la ejecución provisional del proceso de despido disciplinario, *ex* artículos 108, 110 y 111, se incluyen la decisión extintiva de la relación de trabajo por voluntad del empresario; supuestos de despido objetivo, artículos 120 a 123; despido colectivo, artículo 124; los acuerdos empresariales de cese sin causa cierta o con errónea e infundada invocación de causa legal; cese por jubilación con infracción de las normas que lo disciplinan y cese por errónea estimación de la fecha de extinción de la relación laboral. Supuestos varios encuadrables dentro del artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral [9] por la amplitud de su extensión legal.

Sin olvidar aquellos otros supuestos que si bien diferentes de la Institución del despido le son aplicables analógicamente sus preceptos, v.gr.: condena de readmisión tras la excedencia [10], pero estimo que dicha aplicación analógica puede derivar de jurisprudencia *contra legem* por acotar exclusivamente la base 40.3º de la Ley 12 de abril de 1989, núm. 7 en parangón con la regulación de la ejecución provisional del despido en el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2,, el ámbito de ésta al despido nulo o improcedente.

Nos hallamos ante la ejecución de sentencias recurridas que hayan declarado bien la nulidad del despido o la decisión extintiva de la relación laboral, artículo 295.2º; bien la improcedencia con opción del empresario que la habrá ejercitado a favor de la readmisión, artículo 295.1º; bien la improcedencia con opción del trabajador decidida a favor de la readmisión, artículo 295.3º [11], quedando excluidas las que

[8] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1632.

[9] Vid. Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 327; Cachón Villar y Desdentado Bonete, Reforma y crisis del Proceso Social (1994–1996), 1996, Ob. Cit., pág. 126 y Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., págs. 626 a 627.

[10] Vid. Folguera Crespo, «Despido Disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales», Ob. Cit., I, 1995, pág. 15 con remisión a sentencia del Tribunal Supremo dictada en Recurso de casación para la unificación de la doctrina 2 de noviembre de 1992.

Igualmente en Sempere Navarro y García López, Jurisprudencia Social, Unificación de Doctrina, 1991–1992, 1ª Edic, 1993, Ob. Cit., págs. 463 a 464 y Valdés Dal-Re, Unificación de Doctrina Social, II, La Ley, Madrid, 1994, págs.604 a 605.

[11] Cachón Villar y Desdentado Bonete, Reforma y crisis del Proceso Social (1994–1996), 1996, Ob. Cit., pág. 127.

hubieran declarado la improcedencia del despido seguida de opción empresarial o del operario dependiendo de los casos, a favor de la indemnización. Esta exclusión es consecuencia de los artículos 111,a) y 112.1º de la Ley de Procedimiento Laboral. La exclusión se fundamenta sobre la interpretación de lo preceptuado en el artículo 111.1º,b) que reconoce al operario encontrarse en situación legal de desempleo involuntario.

A pesar de ello, la exclusión es limitada únicamente al artículo 295 y correlativos de la Ley de Procedimiento Laboral pero no a la eventual aplicación de otras normas de ejecución que puedan ser aplicables, caso de los Anticipos reintegrables [12].

Se excluye de la ejecución provisional el supuesto de extinción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores ya que refiere a la extinción por voluntad del trabajador inadmitida por la Base 40ª.3º de la Ley 12 de abril de 1989, núm. 7, pues presupone la existencia de una demanda del trabajador impugnado un despido practicado por el empresario o cualquier otra decisión extintiva del mismo.

Al amparo de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, jurisprudencia del Tribunal Supremo declaraba la imposibilidad que la ejecución provisional pudiera derivar de los decisiones extintivas causadas por voluntad del trabajador. En este sentido se ha pronunciado en sentencia de 3 de junio de 1988 [13], Fundamento de derecho segundo:

> «El artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando describe el supuesto que regula, cuida en señalar que la sentencia provisionalmente ejecutable sólo es aquella que declara la nulidad o improcedencia del despido o «decisión extintiva de las relaciones de trabajo». La precisión que hace, respecto al contenido del fallo, también excluye la aplicación del indicado precepto ante sentencia recaída en proceso instado por el trabajador para obtener resolución contractual indemnizada, pues el pronunciamiento propio de indicada sentencia no es concebible que tenga el expuesto contenido. La «decisión extintiva» que menciona el citado artículo 227, sólo es aquella que proceda del empresario, pues el éxito alcanzado por el trabajador que impugnare dicha «decisión extintiva», es la que puede determinar la declaración de nulidad o improcedencia,

[12] Idem., pág. 127; Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., pág. 624; Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 349 y Rodríguez Fernández, La reforma del mercado laboral, 1ª Edic., Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 492 a 493.

[13] (RJ 1988,5210).

tal como prevén para extinciones de tal procedencia el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 109 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral. Debe significarse, por último, que el sistema de ejecución provisional de sentencias que declararen la nulidad o improcedencia del despido o «decisión extintiva», responde a la finalidad de garantizar al trabajador que hubiera sido cesado por la empresa y logrado en la instancia sentencia de tal contenido, el devengo de salarios durante la tramitación del recurso interpuesto por el empresario[°]».

Igualmente en doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, sentencia de 16 de mayo de 1995 [14] de Cantabria y sentencia de 24 de enero de 1995, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Fundamento de derecho único:

«El artículo 295.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que se denuncia como infringido no es aplicable a la extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador reglada, en sus justas causas por el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3006), pues la dicción de aquel precepto «decisión extintiva de las relaciones de trabajo» debe entenderse referida a aquellas que se basan en la voluntad del empleador como lo evidencia la rúbrica del capítulo tercero «De las sentencias por despido», siendo así que por ésta ha de conceptuarse «la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario» (sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1989 [RJ 1989\9254] y 19 junio 1990 [RJ 1990\5485]), criterio que corrobora la sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 1988 (RJ 1988\5210) cuando al referirse al artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (RCL 1980\1719 y ApNDL 8311) (antecedente inmediato del artículo 295 actual) afirma de un modo rotundo que «la decisión extintiva que menciona el citado artículo 227 sólo es aquella que proceda del empresario[°]».

La técnica introducida por el legislador en el artículo 295 del Real Decreto Legislativo 27 de abril de 1990, núm. 521en la reforma operada por la Ley 19 de mayo de 1994, núm. 11 –trasladado al Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2, en idénticos términos- enlaza con la fundamentación histórica de la ejecución provisional de las sentencias laborales– [15] mediante la remisión a la prestación de

[14] (AS 1995,1879)

[15] Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., pág. 624.

desempleo –situación criticada por la provisionalidad de la misma ya que la sentencia posterior puede truncar la causa generatriz de la misma.

El origen de la ejecución provisional por despido se encuentra en la Ley de 10 de noviembre de 1942 [16], cuyo artículo 2 preceptúa [17]:

«En los juicios en que se ejerciten acciones derivadas de despido injustificado, cuando la sentencia dictada por el Magistrado fuera favorable al trabajador y el empresario interpusiese alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniese percibiendo con anterioridad al hecho del despido, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna».

La confluencia de esta norma caracterizó la ejecución del despido en el Ordenamiento jurídico laboral patrio en las siguientes notas:

- Se impone la prohibición de la transacción o renuncia de los derechos reconocidos en sentencia, artículo 1 de la Ley 10 de noviembre de 1942 en relación, con normativa vigente, con el artículo 3.5º del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y artículo 245 del Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2.
- Se instaura un doble derecho a favor del operario dependiendo de la materia declarada en la sentencia: en el supuesto que se trate de un *despido injustificado*, se aplicarán las previsiones del artículo 2 de la Ley 10 de noviembre de 1942 arriba transcrito. En el resto de los procesos se impone un sistema de anticipo de lo reconocido en la sentencia previa solicitud siempre del trabajador y cuando el operario se encontrase en paro forzoso o tenga imperiosas necesidades que atender, artículo 3, circunstancias apreciadas en cada caso por el Magistrado de Trabajo, antecedente normativo del vigente artículo 287 y ss.
- Se impone un límite en la cuantía del anticipo, artículo 6 de la Ley 10 de noviembre de 1942, en parangón –a salvo la cuantía y extensión de la misma– con el artículo 287.2º del Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2,.

[16] Boletín Oficial del Estado de 23 de noviembre de 1942 – vid. Medina y Marañón, Leyes Sociales de España, 1ª Edic., 1943, Ob. Cit., pág. 182, ap. legislativo.

[17] Medina y Marañón, Leyes Sociales de España, 1ª Edic., 1943, Ob. Cit., pág. I,182, V.

Este nomenclator jurídico fue identificado pronto por la doctrina científica como actividad jurídica propia de la ejecución provisional [18]; perfilándose como núcleo de la actual ejecución provisional.

La situación actual es producto de un largo recorrido histórico. Desde la ya vista Ley 10 de noviembre de 1942, acusada de mantener una indefinición sobre la alternativa que se elegirá cuando llegue la firmeza. Pasando por el Decreto 26 de octubre de 1956, artículo 6, en donde se instaura la opción tras la firmeza hasta la Ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973, artículo 105. Desde la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, completada por el Real Decreto 1925/1976 que aplicó un sistema de readmisión obligada perdiendo justificación la readmisión. Situación que fue mantenida por el Real Decreto Ley 4 de marzo de 1977 en donde las declaraciones de nulidad e improcedencia imponen la readmisión sin alternativa por la indemnización.

La Ley de Procedimiento Laboral de 1980 en cambio, atribuye al empresario la opción,si le corresponde, en el plazo de 5 días siguientes a la notificación sin necesitar la firmeza de la sentencia, artículo 103. Cambio cuyas consecuencias han sido criticadas por la dogmática por que fueron mantenidas en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 en el artículo 295, que modificado por la Ley 19 de mayo de 1994, núm. 11, constriñe la ejecución provisional únicamente respecto a la readmisión y antes de la firmeza de la sentencia. Distinguiendo si se optare por la readmisión, la ejecución provisional del artículo 295 y si se optare por la indemnización, no será ejecutable provisionalmente la sentencia, si bien, cabrá el apremio provisorio a través de la utilización de los Anticipos reintegrables [19].

La imposibilidad de ejecutar provisionalmente la opción del empresario por la indemnización viene impuesta por el artículo 111.1°,b) y 112.1°, b) del Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2 [20].

[18] Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 5ª Edic., 1998, Ob. Cit., pág. 463 y Ríos Salmerón, «Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido» en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Montoya Melgar, 1ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 131 con remisión a Juan de Hinojosa, «La ejecución provisional de sentencias laboral, en la Magistratura de Trabajo», Revista de Derecho Privado, 1943, págs. 306 a 310.

[19] Vid. Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 5ª Edic., 1998, Ob. Cit., pág. 463 y Ríos Salmerón, «Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido» en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Montoya Melgar, 1ª Edic., Ob. Cit., 1996, págs. 131 a 132.

[20] Consecuencia obligada de la aplicación de la Ley 11/1994 dada la correlación existente entre los artículos 111 y 112 con el artículo 295, vid. Ortiz Lallana, La ejecución de sentencias de despido, 1ª Edic., Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales, Madrid, 1995, pág. 304.

Se reconoce la complejidad de la ejecución provisional del despido sobre la concurrencia de dos elementos: uno, contenido de la sentencia con su opción: readmisión o indemnización y dos, cualidad del sujeto recurrente [21]. Por ello, siguiendo al profesor Montero Aroca en su esquema sistemático distinguiremos entre ejecución provisional de la readmisión y ejecución provisional de la indemnización.

II. Ejecución provisional de la readmisión

El ámbito de aplicación del artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral comprende toda sentencia en donde se hubiesen declarado un despido o decisión extintiva improcedente o nulo, optándose por la readmisión independientemente el titular de la opción y quien hubiera interpuesto recurso jurisdiccional.

El artículo 295 impone en estos supuestos de readmisión al empresario recurrente abonar al operario ganador en la instancia la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse el despido, continuando el trabajador prestando sus servicios, salvo decisión en contrario del patrono. Idéntica obligación sería aplicable cuando habiendo optado el empresario por la readmisión interpusiera el trabajador el recurso y cuando el despido fuera declarado improcedente y la opción atribuida al operario consistiera en la readmisión.

Destacable es la corrección normativa operada por el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2, frente a su homónima de 1990, confusa y a veces contradictoria. En ésta se autorizaba la ejecución provisional ante un recurso del empresario tanto si el despido fuese declarado nulo como improcedente y en este último caso, con opción por la readmisión como por la indemnización, manifestándose la paradoja que cuando interpusiera el recurso el trabajador sólo cabía cuando el despido era nulo radical y en el caso de improcedencia siempre bajo la opción por la readmisión [22]. La vigente normativa unifica la regulación no distinguiendo entre el recurso planteado por el trabajador o empresario.

A tenor del articulo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral derivamos la verdadera naturaleza de la ejecución provisional: la protec-

[21] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 327.

[22] Vid. Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 347.

ción de los salarios del operario recurrido más que la reincorporación del mismo a su lugar de trabajo[23], pero, además, este aspecto protector es indicativo de la *ratio* de la Institución y estimo que se encuentra en la protección de la persona del trabajador ante un eventual estado de necesidad vital como consecuencia de la privación del salario.

Otras justificaciones, igualmente valorables, aquellas referidas a evitar los peligros de una ocultación de bienes durante el recurso o la inducción al trabajador a pactar transacciones perjudiciales a sus derechos[24] –aunque en este último supuesto dudo de la eficacia jurídica de los mismos–.

Pero junto a estas actitudes del empresario también se ha ponderado la posible utilización abusiva de la ejecución provisional, *ex* artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral, por el operario recurrente. Persiguiendo una prolongación del devengo de los salarios *ex* artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral hasta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia frente al derecho que brinda la norma procesal en la ejecución definitiva, *ex* artículo 279 facultando al empresario optar entre la readmisión o la extinción de la relación laboral. La aplicación del artículo 75.1º de la Ley de Procedimiento Laboral o el artículo 11.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrían evitar estos abusos[25]. Solución que se me antoja compleja y rayando en la violación del artículo 24 de la Constitución, en su dimensión de impedir el acceso a los recursos establecidos en la Ley[26].

La legitimación para instar la ejecución provisional, tema que en lo que refiere a nuestro estudio, ha planteado discrepancias doctrinales. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, el trabajador mantenía su disposición a exigir reincorporarse a su trabajo ya que la opción para exigir trabajar o pagar sin compensación correspondía al empresario[27]. Esta situación se

[23] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 328.

[24] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 350.

[25] Vid. Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., págs. 351 a 352.

[26] Vid. Folguera Crespo, «El Derecho a los recursos legalmente establecidos. Recursos de Suplicación y Casación», en El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XVII, 1996, págs. 156 y ss.

[27] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 352 con remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1971 y del Tribunal Central de Trabajo de 28 de mayo de 1973.

sustentaba sobre la imposibilidad del empresario de instar la ejecución por carecer de la legitimación para ello. Posicionamiento de la doctrina judicial que impetró a la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 empero el reconocimiento en el artículo 228 de la legitimación empresarial. Posiciones doctrinales, en suma, de claro matiz *contra legem*[28]. No obstante, autores, explican el contenido de esa medida sobre la necesidad que el *iudex a quo* recabara mediante suplicatorios al Tribunal Supremo o al Tribunal Central de Trabajo testimonio de la sentencia con la finalidad de resolver con jurisdicción propia el incidente. Esta situación se encuentra superada, a pesar de posibles reticencias doctrinales, por la aplicación del artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que en cada Juzgado o Tribunal se llevará, bajo la custodia del Secretario respectivo, un libro de sentencias en el que se incluirán firmadas todas las definitivas, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieren formulado, que serán ordenados correlativamente según su fecha[29].

Ese reconocimiento de legitimación al empresario ha perdurado en los textos procesales de 1990, en el artículo 296 e idéntico artículo en el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2,. Lo que deviene, por otra parte, lógico resultado, pues si la ejecución provisional supone la existencia de obligaciones para las partes es justo que ambas posean legitimación para instarla[30].

1. Competencia judicial, legitimación y solicitud.

Determina el artículo 296 que la ejecución provisional deberá instarse ante el Juez o la Sala. La posible dualidad de Órganos Jurisdiccionales

[28] Vid. Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 1 de diciembre de 1982 (RTCT 1982,6918) y 21 de mayo de 1983 (RTCT 1983, 4545).

[29] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1639 y Marín Correa, «De la ejecución de sentencias de despido» en La nueva Ley de Procedimiento Laboral, dir. Borrajo Dacruz, XIII, t. II, 1990, Ob. Cit., pág. 1674.

Sobre esta problemática vid. Ríos Salmerón, «El proceso de ejecución en el anteproyecto de la Ley de Procedimiento Laboral», Ob. Cit., 13, 1990, pág. 177 con remisión a su estudio «La inembargabilidad del salario», Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Murcia, 1986, passim.

[30] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 328 y Ordeig Fox, «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», Ob. Cit., 5, 1992, pág. 80.

obedece a la introducción del Recurso de casación para la unificación de doctrina. No en vano, tanto el Juzgado de lo Social como la Sala del Tribunal Superior de Justicia se erigen en órganos competentes para instar la ejecución provisional cuando legalmente proceda conforme a las particularidades del supuesto concreto.

Bien el Juzgado, cuando el recurso se formalice ante el Tribunal Superior de Justicia; bien la Sala de éste, cuando se interponga Recurso de casación para la unificación de doctrina[31].

Consecuencia de ésta es la existencia de dos tramos diferenciados:

1. El comprendido entre la resolución del Juzgado hasta la del Tribunal Superior de Justicia.
2. El comprendido entre el fallo del Tribunal Superior de Justicia hasta la sentencia del Tribunal Supremo.

La ejecución provisional, consecuentemente, incide directamente en la determinación de la competencia funcional. De este modo, si impugnada la sentencia del Juzgado, éste será el competente para la tramitación de la ejecución provisional. En cambio, si recurrida la del Tribunal Superior de Justicia ante el Tribunal Supremo, será la Sala de lo Social del primero el competente[32].

Este esquema, si bien correcto, debe ser objeto de matización. En primer lugar sobre la dicción del artículo 298 de la Ley de Procedimiento Laboral que determina que la ejecución provisional deberá instarse ante el Órgano jurisdiccional que dictó la sentencia, artículo 288.1°, que asume la competencia para decretar la ejecución. La competencia se encuentra determinada por el artículo 235.2° atribuyéndola al Órgano judicial que hubiere conocido del pleito en la instancia, distinguiendo:

a) Cuando la sentencia a ejecutar es la dictada por el Juzgado confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia, recurrida en Casación para la unificación de la doctrina, será el Juzgado de lo Social el competente para decretar la ejecución y dictar los actos ejecutivos.

b) Cuando la sentencia a ejecutar es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia que condenó por vez primera, la competencia para decretar la ejecución provisional pertenece al Juzgado[33].

[31] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido,1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 340.
[32] Ibidem., pág. 341.

La ejecución provisional en materia de despido exige una previa petición de parte. No solamente del trabajador también del empresario. Esa declaración de voluntad de parte es manifestación del principio dispositivo[34] que impetra el proceso laboral, *ex* artículo 237, extensible por analogía al proceso de ejecución[35] y que impide al Órgano jurisdiccional competente practicar *eo ipso* los trámites precisos para que la ejecución provisional se efectúe[36].

La solicitud se presentará por el trabajador, en primer término, quien exige al empresario el cumplimiento de la readmisión con el pago de salarios, aunque no es extraña una solicitud del empresario sobre el importante matiz que sobre él pesa la obligación del devengo de salarios[37]. Matizando esta posición desde otra óptica, la solicitud de ejecución provisional podrá ser presentada por ambos litigantes, si bien, sobre el respeto a la libertad del empresario en orden a prescindir de sus servicios. De este modo el artículo 296 concreta las peticiones para el trabajador en solicitar el cumplimiento de la obligación

[33] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 321.
[34] Cfr. lo ya estudiado en este trabajo, págs. **¡Error!Marcador no definido.** y ss..
[35] Vid. Lorenzo de Membiela, Ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, págs. 81 a 83.
[36] Interesante fundamentación jurídica la contenida en la sentencia del Juzgado de lo Social n° 8 de Valencia, de 23 de febrero de 1989 (La Ley 1989,23). Fundamento de derecho tercero:

«Otra cuestión destacada la constituye el abono de los salarios de tramitación entre la notificación de la sentencia de instancia y la del Tribunal Supremo, dado que los actores no solicitaron nunca la ejecución provisional de los arts. 227 y 228 del texto procesal laboral, ni fueron requeridos al trabajo, ni en realidad prestaron servicios a la ejecutada. El simple hecho de haber recurrido las demandantes que vencieron en el proceso de instancia, sin recurso de la empresa condenada, parece ya impedir el abono de estos salarios de tramitación en principio (para caso similar, sentencia del Tribunal Central de 11-6-85, en este sentido); pero en todo caso es evidente la naturaleza sinalagmática que el texto rituario establece para estos salarios de tramitación y en la tramitación del recurso, (la empresa abonará los salarios y el trabajador seguirá prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono sin compensación..., art. 227), con igual trato si el recurso se entabla por el trabajador, a tenor del precepto. Es indispensable esta situación de continuidad del trabajo –o voluntad expresa del empresario de abonar salarios sin contraprestación– para el derecho al salario (Tribunal Central: 24-5-83 y 18-2-86, entre otras). Y tal situación ha de partir de una petición de los trabajadores, según el art. 228 procesal y sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Central, como las de 8-10-71 y 21-5-83, respectivamente. Al no solicitar los actores esta ejecución provisional, carecen del derecho a estos salarios de tramitación, como excepción al principio del art. 211 procesal, que está previsto para el caso general, no para el especial de recurso» [°].
[37] Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 5ª Edic., 1998, Ob. Cit., pág. 464.

salarial; para el empresario postulando la reanudación de los servicios [38].

Del análisis del precepto se deriva una acotación de los marcos de legitimación de las partes. El artículo 296 de la Ley de Procedimiento Laboral los especifica. El operario no podrá solicitar su reincorporación a la empresa como igualmente el empresario no podrá instar al Órgano jurisdiccional que acuerde el pago de los salarios. Ahora bien, sobre la aplicación del Principio general del derecho quien *puede lo mas puede lo menos* [39] podría legitimarse al empresario para solicitar la obligación a la que se halla obligado como deudor.

De este modo, el artículo 296 faculta al *iudex* adoptar la decisión que estime oportuna respecto a la reanudación de la actividad laboral del operario. Previa petición de parte por escrito o mediante comparecencia. Esa decisión puede ser adoptada incluso, como sostiene Marin Correa [40], sin necesidad de comparecencia de las partes a las que únicamente se les da audiencia que bien puede ser por escrito. Discrepante, exigiendo comparecencia previa conjunta, Montero Aroca [41], Ordeig Fox [42], García Paredes [43] y Baylos Cruz, Cruz Villalón y María Fernanda Fernández [44], entre otros.

2. Plazo para instar la ejecución

Se ha silenciado por el legislador el plazo para instar la ejecución. Silencio extensible a la competencia funcional [45] que debiera constar en el Texto por la imprecisa mención que la Norma Procesal practica

[38] Montero Aroca y Marin Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 124 y Asensio López, «La ejecución provisional de sentencias laboral,» , Ob. Cit., Madrid, 1997, pág. 37.

[39] Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997 (RJ 1997,4096); 5 de marzo de 1997 (RJ 1997,1631); 18 de febrero de 1997 (RJ 1997,1445) y 28 de septiembre de 1992 (RJ 1992,6861), entre otras.

[40] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1639.

[41] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 328.

[42] Ordeig Fox, «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», Ob. Cit., 5, 1992, pág. 80.

[43] García Paredes, «Ejecución Provisional y Definitiva de sentencias en procesos por despido» en La Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Experiencias aplicativas y evaluación crítica, Ob. Cit., XIV, 1993, pág. 277.

[44] Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., pág. 623.

[45] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 354.

a los Órganos Jurisdiccionales intervinientes en la ejecución provisional. Omisión que ha sido justificada por otro sector doctrinal ya que la ejecución provisional se patentiza como privilegio concedido a la parte beneficiada por la sentencia que persiste en la derivación de sus efectos en tanto se sustancie el recurso ante el *iudex a quem*.

Pero existe otro problema junto a la inexistencia de previsión legal del plazo si bajo una exégesis estricta lo analizamos. Imperfección técnica patentizada por un profuso empleo de términos todos ellos atinentes al inicio o ulterior desarrollo de la segunda instancia, creando desigualdades rechazables por su arbitrariedad a los cuales se aúna la indeterminación del momento para instar la ejecución provisional.

Sobre un ejercicio de abstracción de las modalidades de ejecuciones provisionales es fácilmente evidenciar esta asintonía. Veamos:

El artículo 287.1º de la Ley de Procedimiento Laboral, dentro del Libro IV, Título II, Capítulo I, *De las sentencias condenatorias al pago de cantidades*, explicita la interposición del recurso para obtener anticipos a cuenta de ella. El artículo 292, dentro del Capítulo II, *De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social*, refiere a la obligación del recurrente de abonar la prestación **durante la tramitación** del recurso. El artículo 295.1º, dentro del Capítulo III, *De las sentencias de despido*, habla de **interposición** de alguno de los recursos establecidos en la Ley y su artículo 298 explicita que conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la **tramitación del recurso.**

El legislador emplea indistintamente las expresiones *interposición* y *durante la tramitación*, ignoro si en un recurso alegórico –criticable por falta de precisión– si en pos de una diferenciación de los efectos económicos derivados de la ejecución provisional. En cualquier caso criticables ambas posiciones en cuanto la ejecución provisional posee idéntica naturaleza de protección del operario ínterin la tramitación del recurso impida la ejecución definitiva de la sentencia.

Por *tramitación del recurso*, puedo entender todos los actos que requieren la formalización del recurso incluidos aquellos que deban practicarse ante el Juzgado de lo Social: el anuncio del artículo 192.1º y el resto de los trámites procesales, por ejemplo. Nos estaríamos refiriendo con esta mención a lo que la doctrina ha calificado *procedimiento de tramitación* [46].

[46] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 240.

A efectos de descubrir la dimensión temporal de los términos utilizados debemos remitirnos no a las reglas afectantes al despido –pues las ejecuciones provisionales reguladas en los artículos 111 y 112 de la Ley de Procedimiento Laboral remiten al artículo 295 – sino a las reguladoras de la ejecución provisional en materia de Seguridad Social. El artículo 292 de la Ley de Procedimiento Laboral adoptan la expresión **durante la tramitación.** En este marco, el artículo 192 párrafos 2º y 3º imponen la obligación bien de la consignación del capital coste de prestación; bien de la certificación del abono de la prestación, en el término de 5 días desde la notificación de la sentencia [47]. Consecuentemente, sobre estos antecedentes, la locución *durante la tramitación* comprendería el lapso temporal entre el anuncio del recurso hasta la terminación del mismo, en el supuesto de Recurso de suplicación. En el Recurso de casación para la unificación de doctrina, desde la preparación del mismo.

En cambio, la expresión *interposición* refiere no al anuncio en el recurso de suplicación, tampoco a la preparación en el Recurso de casación para la unificación de doctrina, sino al hecho de presentar por escrito una verdadera demanda motivada [48]: la formalización ante el Órgano jurisdiccional competente del escrito en donde se ejercita una pretensión de fondo contra la sentencia impugnada, el recurso.

Las consecuencias son evidentes. Y más en lo que a los aspectos económicos se refieren, pues frente a la posibilidad de percibir las percepciones económicas inmediatamente, esperar el transcurso de los plazos para la interposición del respectivo recurso, conlleva una espera significativamente mas pronunciada.

Dejando a un lado esta tesis que de adoptarla incurriríamos en idéntica discriminación que el legislador, debemos interpretarla en el sentido más acorde con la naturaleza de la Institución: la proscripción de la desprotección del operario durante la impugnación de la sentencia.

Por ello, la generalidad de la doctrina científica estima que podrá ser instada en cualquier momento durante la sustanciación del recur-

[47] Sobre la problemática de la ejecución en materia de Seguridad Social, vid. Lorenzo de Membiela, Ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999.

[48] Vid. Guasp Delgado y Aragoneses Alonso, Derecho Procesal Civil, t. I, 4ª Edic. 1998, Ob. Cit., pág. 590 y 638.

so [49]. Desde el anuncio del mismo hasta la sentencia resolutoria [50], sin encontrarse sometido a plazo de caducidad [51].

El tema de la retroactividad o no de los efectos de la ejecución provisional a partir del momento temporal de la presentación de la solicitud ha sido y es cuestión polémica.

Marin Correa adoptó, en una primera tesis, la retroactividad de la ejecución provisional sobre el silogismo que la obligación del cumplimiento de los fallos judiciales incumbía igualmente al empresario imposibilitando que el retraso en la contraprestación de los servicios del trabajador pudiera a éste perjudicar –sobre la consideración de exteriorizar una actitud negligente en instarla–, teoría compartida por Ortiz Lallana [52].

Pero frente a este primer planteamiento, desarrolló otro posteriormente, compartido por algunos autores, *a sensu contrario*, sobre los efectos jurídicos que la ausencia injustificada del operario a la comparecencia convocada producía, reforzando el criterio de la ineficacia retroactiva [53]. Opinión mantenida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 1991 [54], apartándose del mantenido en la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de julio de 1987.

Posición ecléctica, aquella que sostiene la diferenciación de los efectos entre el despido nulo y el despido improcedente, optando por la retroactividad en el supuesto del despido nulo que a la postre conlleva a la readmisión obligada, en principio, y pago de salarios, carac-

[49] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 127; Asensio López, «La ejecución provisional de sentencias laboral,» , Ob. Cit., Madrid, 1997, pág. 37; Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 354; Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., pág. 613; Ordeig Fox, «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», Ob. Cit., 5, 1992, pág. 80 y Durán López, «El Proceso de despido en el nuevo Texto Articulado: cognición y ejecución», Ob. Cit., I, 1990, pág. 471.

[50] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido, 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 339; Folguera Crespo, «Despido Disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales», Ob. Cit., I, 1995, pág. 17 y Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t. II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., págs. 1634 y 1640.

[51] Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de marzo de 1989, Actualidad Laboral, 21, 1989, (Ref. 538, 1989).

[52] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido, 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 339.

[53] Marín Correa, «Puntos Críticos en la ejecución de la sentencia de despido» , Ob. Cit., 19, 1992 pág. 347 ; Marín Correa, «De la ejecución de sentencias de despido» en La nueva Ley de Procedimiento Laboral, dir. Borrajo Dacruz, XIII, t. II, 1990, Ob. Cit., pág. 1674 y Durán López, «El Proceso de despido en el nuevo Texto Articulado: cognición y ejecución», Ob. Cit., I, 1990, pág. 471.

[54] (Ref. 4129,1988).

terísticas no extensibles al despido improcedente. Conclusión exegética sobre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de enero de 1991[55].

Tema distinto es aquel en donde se debate la posibilidad de instar la ejecución provisional del fallo revocado por la sentencia del *iudex a quem*, no existiendo discrepancia en la negación de efectos retroactivos[56].

3. *Procedimiento del incidente*

Respecto al procedimiento aplicable al incidente, los autores no adoptan un criterio uniforme.

Indeterminación procedimental en la norma procesal que ha provocado diversas posturas tendentes a paliar ese vacío normativo. La aplicación por vía analógica del artículo 278, incidente de no-readmisión[57], tiene como primera consecuencia que la incomparecencia del ejecutado citado en forma se le tendría por desistido. Frente a esta, otros autores apuestan por la aplicación del artículo 236 de la

[55] Fundamento de derecho segundo:

«Efectivamente, si se dicta el 6-noviembre-89 la sentencia de esta Sala que revoca la de instancia y declara procedente el despido, la petición de la ejecución de aquella primera sentencia de fecha 25-5-90 es extemporánea e ineficaz pues carece del presupuesto procesal que le permita producir efectos. Hay que pedirla durante la sustanciación del recurso y nunca podrá prosperar siendo firme la sentencia del Tribunal superior. Tesis está conforme con el artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 que establece la obligación de abono de retribuciones por el empresario mientras dure la tramitación del recurso y el artículo 228 autoriza al trabajador a exigir el cumplimiento de la obligación, pues sostener lo contrario es ignorar la finalidad de aquellos preceptos de asegurar durante la sustanciación del recurso el sustento del trabajador y su familia cuando ha obtenido una sentencia a su favor. Es de notar como siete meses después de la sentencia de esta Sala se dicta el Auto objeto de este recurso, por el que se acuerda requerir a la Administración a fin de que abone la cantidad de 2.789.701 pesetas con lo que se infringen el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, 103 y 104 de la Ley de Procedimiento Laboral, dado que el efecto que produce la declaración de procedencia del despido es el de extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización tanto principal como complementaria. Y también se advierte que la petición del actor se produce a más de dos años desde que se dictara la sentencia de instancia que posibilita la acción y un mes antes de que se dicte la definitiva de esta Sala. Por ello, siendo extemporánea sólo podría producir efectos la pretensión del actor en el período comprendido entre la fecha 4-octubre-89 de la primera petición al 6-noviembre-89 de la sentencia del Tribunal Superior, como apunta el Abogado del Estado, salvando las infracciones apuntadas, y no respetar las fases procesales de esta especial ejecución de petición, audiencia de las partes, opción del empresario sobre contraprestación o sin ella, y resolución por auto sobre las cuestiones planteadas; por todo ello debe tener acogida igualmente este motivo, prosperando así el recurso del Abogado del Estado [...]».

[56] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., págs. 339 a 340.

[57] Asensio López, «La ejecución provisional de sentencias laboral,», Ob. Cit., Madrid, 1997, pág. 37 y Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 354.

Ley de Procedimiento Laboral al no existir otras previsiones en el Texto Procesal para celebrar la comparecencia de las partes[58]. Lo que resulta lógico dado el carácter abierto del incidente *ex* artículo 236, naturaleza que reclama su aplicación analógica ante las lagunas que presenta la Norma Procesal. Esta opción, ha sido sancionada por la sentencia del Tribunal Constitucional 23 de junio de 1987[59].

La variedad de posiciones doctrinales son muy variadas, no debiendo olvidar, sobre un ánimo exhaustivo de exposición de la problemática, aquella que postula la aplicación analógica de las normas y los principios reguladores de la ejecución definitiva laboral con prelación a las normas civiles[60].

Se ha sostenido por algún autor la imposibilidad, en principio, de practicar prueba en la celebración del incidente[61], pero esta afirmación choca frontalmente con la finalidad amplia del trámite previsto en el artículo 236. Pues aún la aparente limitación del artículo 296 puede solventarse cualquier incidencia que concurra durante la tramitación del recurso en orden a la prestación de los servicios y el puntual abono de los salarios[62].

La posibilidad de practicar prueba ha sido recocida expresamente por Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón[63].

Del mismo modo, cuando finalice la ejecución provisional por dictarse sentencia del Tribunal *ad quem*, la revocación de la resolución que ordenó aquella deberá ser instada por el ejecutado ante el órgano judicial competente que acordará lo que proceda[64].

[58] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 328; Baylos Cruz, Cruz Villalón y M. F. Fernández, 2ª Edic., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, 1995, Ob. Cit., págs. 623 a 624 y Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 326.

[59] Vid. Asensio López, «La ejecución provisional de sentencias laboral,», Ob. Cit., Madrid, 1997, págs. 37 a 38.

[60] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 336.

[61] Ordeig Fox, «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», Ob. Cit., 5, 1992, pág. 80.

[62] García Paredes, «Ejecución Provisional y Definitiva de sentencias en procesos por despido» en La Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Experiencias aplicativas y evaluación crítica, Ob. Cit., XIV, 1993, pág. 277, con remisión al Auto del Juzgado de lo social nº 20 de Madrid, de 17 de marzo de 1992 y 23 de abril de 1992, en donde se analiza si la incorporación del trabajador durante la ejecución provisional fue o no regular y los efectos que la irregularidad en que incurre el empresario acarrea: exención de la prestación de servicios. Igualmente Auto del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 25 de marzo de 1992. Todos ellos dictados en pieza de ejecución provisional.

[63] Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 5ª Edic., 1998, Ob. Cit., pág. 464.

[64] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 145.

4. Contenido del auto

La decisión que adopte el Órgano jurisdiccional revestirá la forma de auto. Modo formal de exteriorización de la voluntad judicial que responde a las exigencias del artículo 245.1º,b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial[65]. El contenido material de la resolución impondrá a cada una de las partes su respectiva obligación, respetando el espíritu de la norma que contempla la posibilidad que el empresario renuncie a los servicios del operario. Este hecho produce una doble imposición:

1. Aun la reticente voluntad del trabajador a que sea repuesto por el Órgano jurisdiccional en su puesto de trabajo, no podrá éste si la voluntad del empresario es contraria a este hecho.
2. Aun la reticente voluntad del trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo será requerido por el Órgano jurisdiccional si esta es la voluntad del empresario.

Estas previsiones son producto del contenido de los artículos 295.1º y 297 de la Ley de Procedimiento Laboral[66].

La opción normativa otorgada al empresario de prescindir de los servicios del trabajador *ex* artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral bajo retribución, ha sido calificado por la doctrina como una *readmisión ficticia*[67], *decisión adoptada que no puede ser modificada post rem*[68]. Esta renuncia de la empresa de prescindir de los servicios del trabajador se ha estimado consecuencia de los principios de libertad individual y autonomía de la voluntad. Justificada más en los supuestos de despido nulo o cuando la opción entre la readmisión o indemnización haya sido atribuida por la norma al trabajador, pues no resultaría coherente que quien haya optado por la readmisión definitiva si es condenado a ella no se aquiete al cumplimiento provisional de la misma[69].

Novedad en el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2, es la desaparición del derecho a ser resarcido por el Estado de los salarios así obligados y puntualmente satisfechos sin servicio alguno del

[65] Ibidem., pág. 131.
[66] Ibidem, pág. 131.
[67] Vid. Gorelli Hernández, El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria, 1ª Edic., Civitas, Madrid, 1995, pág. 244.
[68] Folguera Crespo, «Despido Disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales», Ob. Cit., 1, 1995, pág. 17.
[69] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 141.

trabajador en el supuesto que la sentencia de instancia fuese revocada o casada. Ha sido justificada esta modificación por la incidencia de la Ley 11/1994 pues ha desaparecido la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia condenatoria ante el despido improcedente cuando la opción se incline por la indemnización.

Se ha estimado por autores que el ejercicio de opción empresarial no comprende la opción al pleno empleo[70] consagrándose un régimen excepcional, temporal y armonizador de intereses contrapuestos constriñendo el atentado contra la dignidad del operario[71].

El contenido del auto puede contener los siguientes pronunciamientos sobre un ejercicio exegético del artículo 296 del Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2,:

1. Si lo ha instado el empresario deberá el Órgano jurisdiccional fijar la fecha de incorporación del trabajador despedido, restablecimiento contractual que provocará el devengo de los salarios a cargo del empresario, consecuencia forzada de la obligación sinalagmática derivada contrato de trabajo.
2. Solicitado por el trabajador y ante la no renuncia por el empresario de sus servicios, fijará el Órgano jurisdiccional fecha para la reincorporación del mismo junto al devengo de los salarios.
3. Fijará el Juez o el Órgano judicial Colegiado la periodicidad temporal, lugar, forma, y modo del devengo salarial ante el supuesto de renuncia de los servicios del trabajador por el empresario.

En suma, dos son las obligaciones dimanantes del contenido del auto resolutorio:

a) Obligación del empresario de satisfacer al trabajador la retribución que percibía antes del despido, garantizándose la percepción de los salarios de tramitación. Esta obligación nace *ex lege*, cuya exigibilidad es autorizada por la Ley sobre la base de dotar de mayor eficacia, presuntiva de certeza, a la sentencia definitiva no firme que a la decisión empresarial de despedir[72].

[70] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 325.
[71] Guanche Manero, El derecho del trabajador a la ocupación efectiva, 1ª Edic., Civitas, Madrid, 1993, pág. 96.
[72] González Velasco, Los derechos de trabajo y su tutela provisional. La ejecución provisional en Derecho del Trabajo, Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales, Madrid, 1988, pág. 77.

El artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral impone la obligación del devengo de los salarios durante la tramitación de la segunda instancia en idéntica cantidad que los percibidos antes del despido. Equivalencia que ha sido identificada por la jurisprudencia como imposibilidad que el operario perciba más salarios que los declarados en la ejecutoria sobre una interpretación *ad litteram* del Texto Normativo [73]. Criterio justificado por diversas resoluciones judiciales aduciendo que la determinación cuantitativa de los salarios devengados durante la tramitación del proceso es competencia exclusiva del primer proceso que declaró el despido –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga de 15 de julio de 1991 [74], no procediendo la actualización del salario ocasionadas por incrementos Salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo pues las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas, fijadas por Ley que no *restitutio in integrum*, permaneciendo inalterables dada su naturaleza indemnizatoria. De este modo, sentencia del Tribunal Supremo 7 de diciembre de 1990 [75], Fundamento de derecho quinto:

> «Las indemnizaciones fijadas en los artículos 56.1 a) y b), del Estatuto de los Trabajadores y 211, párrafos 2.º y 5.º, de la Ley de Procedimiento Laboral son indemnizaciones tasadas previamente establecidas por la ley, que responden a su condición de resarcimientos debidos por la pérdida del empleo, que carecen del valor de restitución en integridad que a veces se ha pretendido atribuirles, pues se trata de una compensación contenido tasado y previamente fijado por la ley, sin que les sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los daños y perjuicios –sentencias de esta Sala de 9 de abril y 14 de diciembre de 1984 (RJ 1984\2057 y RJ 1984\6386), 18 de julio de 1985 (RJ 1985\3809) y 11 de marzo de 1986 (RJ 1986\1300), entre otras muchas [º]».

Sancionando su verdadera naturaleza en el Fundamento de derecho sexto:

> «Con relación al segundo debate anunciado, ahora referido al salario posterior al tiempo del despido, no puede sostenerse

[73] Ortiz Lallaria, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 321.
[74] Ibídem, pág. 322.
[75] (RJ 1990,9760).

> su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en la sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. Porque las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas, previamente fijadas por la ley, como ya se ha dicho, que no «restitutio in integrum»; y permanecen inalterables como tales indemnizaciones de daños y perjuicios[º]».

Empero estas posiciones, la sentencia incluye un voto particular que adopta *a contrariis* posiciones diferentes a las esgrimidas en la resolución, admitiendo la variación de los salarios de tramitación sobre la consecuencia que la readmisión posee entendiéndose, a todos los efectos, en virtud de una ficción legal, que la relación jurídico-laboral subsistió sin género alguno de interrupción o solución de continuidad. Ese carácter indemnizatorio que alcanza al salario de trámite obliga a adaptar su *quantum* al real y efectivo perjuicio –*damnum emergens* y *lucro cesans*– originado. Por ello, si durante la tramitación del despido se ha producido una variación salarial, parece obvio que la misma, haya de tenerse en cuenta a los fines de concreción del perjuicio causado al trabajador por la ilegal actuación represiva de la empresa.

Recordemos que esta sentencia rompe con la doctrina anterior sentada en la sentencia 29 de septiembre de 1989 [76], ratificada por algún sector doctrinal [77] sobre una interpretación de los artículos 49.11º y 54.1º del Estatuto de los Trabajadores y artículo 3 del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional de Trabajo, en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987 [78]. Tanto el artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 como el vigente 295 pueden llegar a tal conclusión en la ejecución provisional [79].

Este silogismo jurisprudencial ha sido criticado por diversos autores [80] postulando los sucesivos aumentos salariales no sobre razones

[76] (RJ 1989\6551).
[77] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1633.
[78] (RTC 1987,33).
[79] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1634.
[80] Ríos Salmerón, «Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido» en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Montoya Melgar, 1ª Edic., Ob. Cit., 1996, pág. 133; Montoya Melgar, Curso de Procedimiento Laboral, 3ª Edic., 1993, Ob.

jurídicas sino para –jurídicas, sobre la base de una justicia material [81]. El operario recibirá idéntica retribución que venía percibiendo hasta la fecha de la sentencia, incluyendo las primas de producción, aunque la empresa haya preferido abonar el salario sin compensación [82]. Definitivamente, la doctrina judicial ha acotado el significado *misma retribución* comprendiendo las percepciones económicas en un sentido amplio, que se abonan con anterioridad al despido, excluyéndose las percepciones extrasalariales [83], (buscar jurisprudencia sobre las mismas).

Como de idéntica manera ha sido defendida por otros [84] que la justifican sobre las consecuencias que la negativa injustificada del trabajador a la prestación de servicios acarrea únicamente la pérdida de los salarios de tramitación. Sin olvidar posiciones eclécticas [85], que en situaciones en donde el trabajador preste los servicios exigidos por el empresario y la duración del recurso sea prolongada pueda mantenerse la situación económica del operario inmutable percibiendo idénticas cantidades que las recibidas con anterioridad a la decisión extintiva. Posición doctrinal ésta sugestiva en su significación jurídica si nos atenemos a las dilaciones causadas en la resolución del recurso, 10 días, a contar desde la admisión del recurso, artículo 199 de la Ley de Procedimiento Laboral, por la incidencia de una posible responsabilidad de la Administración de Justicia en ponderación a los perjuicios económicos ocasionados al empresario que paga sin recibir contraprestación a cambio del operario.

Es significativa la vocación de la doctrina mayoritaria en ponderar únicamente la situación del operario. Se han esgrimido postulados de

Cit., pág. 338; Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 1ª Edic., Comares, Granada, 1992, pág. 396; Vicente Palacio, «Sobre la naturaleza de los salarios de tramitación acordados en ejecución provisional (a propósito de la sentencia de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 199)», Tribuna Social, 41, 1994, pág. 33.

[81] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido, 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 323.

[82] Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 5 de julio de 1977 (RTCT 1977, 14123) y 3 de febrero de 1987 (RTCT 1987, 2218) – en Idem., pág. 323 –.

[83] Idem., pág. 323, no obstante la sentencia del Tribunal Central de Trabajo 15 de marzo de 1988 (RTCT 1988,2232), incluye hasta conceptos extrasalariales como pluses, protección familiar, prestación por subnormalidad.

[84] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 133 ; Escudero Moratalla, Frígola Vallina y Casa Puig, El Proceso Laboral Práctico, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, págs. 224 a 225 y Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1634.

[85] Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Curso de Procedimiento Laboral, 5ª Edic., 1998, Ob. Cit., pág. 463.

justicia material para superar los férreos límites del artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral en cuanto a los aumentos de los salarios que puedan causarse en fase de ejecución provisional. Si bien es jurídicamente aceptable esta tesis, no es menos cierto que sobre el principio constitucional de igualdad ante la opción del empresario de prescindir de las tareas desarrolladas por el trabajador, dichos incrementos podrían calificarse de indebidos por falta de causa, toda vez la ausencia de los servicios.

La obligación legal impuesta al empresario perdura hasta la sentencia resolutoria de la instancia, indistintamente si es confirmatoria o revocatoria, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de febrero de 1992 [86].

Las consecuencias jurídicas de la ejecución provisional imponen al empresario la obligación de mantener al operario en alta en el Sistema de Seguridad Social de conformidad al artículo 7.1º,a) de la Ley General de Seguridad Social, entendiendo esta obligación compatible con el precepto del artículo 111.1º,b) de la Ley de Procedimiento Laboral en orden al cómputo del periodo de salarios de tramitación como ocupación cotizada a efectos de la protección por desempleo [87].

Casuística del Tribunal Central de Trabajo ha sancionado la eficacia de la ejecución provisional aún cuando el pronunciamiento del Tribunal *ad quem* contenga la declaración de la caducidad de la acción de despido o la declaración de su inexistencia, sentencia de 4 de septiembre de 1985 [88]; bien la anulación de la sentencia recurrida, sentencia de 18 de junio de 1985 [89].

Incluso cuando se declara la incompetencia de jurisdicción, sentencia de 22 de septiembre de 1987 [90]. En este último supuesto solamente por las cantidades acordadas con anterioridad a dicha declaración, pues desde el momento en que se declara la incompetencia no puede el Órgano judicial adoptar válidamente decisión alguna ya que la revocación de la sentencia de instancia por la dictada en suplicación sólo produce efectos respecto al derecho material a que se refiere, pero en nada puede limitar los efectos procesales típicos de la ejecución provisional, fundada en una declaración jurisdiccional que *ope*

[86] (AS 1992, 716).

[87] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 135.

[88] (RTCT 1985,5133).

[89] (RTCT 1985,4039).

[90] (RTCT 1987,9560).

lege, y en exclusiva en el ámbito laboral, los concede en favor del trabajador despedido. En definitiva, como repite constantemente la doctrina de suplicación, sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de junio de 1985 ya vista, la sentencia anulada *no produce el efecto radical de no haber existido nunca, pues, si ello es cierto respecto a un contenido decisorio que se produce* ***ex novo*** *por el nuevo pronunciamiento, no lo es en lo que atañe a los efectos o consecuencias legalmente derivados de su simple existencia, como es precisamente el de su ejecución provisional*[91].

En esta última cuestión, el Tribunal Supremo, en Recurso de casación para la unificación de doctrina, sentencia de 17 de julio de 1993[92], ha sancionado que la declaración de incompetencia efectuada por el Tribunal Superior de Justicia no interviene de forma negativa en la eficiencia de lo actuado. Sancionando que la declaración de incompetencia no provoca que quede sin efecto los acuerdos adoptados válidamente por el *iudex a quo* en tramitación de la ejecución provisional. Posición sancionada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1994[93].

De entre toda la casuística que en esta fase procesal puede manifestarse podemos destacar la mas llamativa: Cuando el operario preste sus servicios a otro empresario en el supuesto que en ejecución provisional se encuentre recibiendo salarios de tramitación sin contraprestación de servicios a favor del ejecutado sobre un contrato de trabajo nuevo y distinto. Ante estos supuestos la doctrina sí encuentra la falta de causa del precepto legal que lo autoriza, artículo 295.1º –con remisión a sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991–[94] por entender que la percepción de dos retribuciones por el operario es motivo encuadrable en un enriquecimiento injusto, procediéndose a la aminoración en el correspondiente incidente[95] si la actividad del trabajador es descubierta con posterioridad a la sentencia, ventilándose esta circunstancia en tramite de ejecución de sentencias. Si bien únicamente la normativa reconocía esta aminoración respecto al despido improcedente, diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sede de Casación para la unificación de doctrina, ha extendido los efectos del despido improcedente al despido nulo, de este modo sen-

[91] Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de enero de 1989 (RTCT 1989\525).
[92] RJ 1993, 8044).
[93] (RTC 1994,104).
[94] (RJ 1991, 3907).
[95] Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro y Ríos Salmerón, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 2ª Edic., Pamplona,1997, Ob. Cit., págs. 283 a 284.

tencias de 2 de diciembre de 1992[96] y 19 de mayo de 1994[97] sobre una interpretación *ad litteram* del artículo 56.1º,b) del Estatuto de los Trabajadores ya que mal podría armonizarse salarios dejados de percibir cuando el interesado sí los haya obtenido a costa de otro empleador[98]. Supone esta doctrina una defensa de los principios de proscripción del enriquecimiento injusto y de dualidad de las percepciones. La extensión de estas características a la ejecución provisional viene sancionada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 1991[99].

Una imposición muy concreta al empresario es aquella que autoriza el ejercicio de funciones representativas al despedido si las ostentara en el momento del despido.

La protección de las funciones representativas vienen expresamente recogidas en el artículo 300 de la Ley de Procedimiento Laboral con antecedentes en idéntico artículo del Real Decreto Legislativo 27 de abril de 1990, núm. 521, sobre el contenido de la Base 40ª.3º de la Ley 12 de abril de 1989, núm. 7. La causa de esta especialísima protección podría residir en la incidencia del artículo 28.1º y artículo 10 de la Constitución; en la Ley Orgánica de Libertad Sindical en relación con los Convenios 87, 98 y artículo 1 del Convenio 135 de la Organización Internacional de Trabajo interpretado conforme a la Recomendación 143 de la misma, todos ellos ratificados por España.

La reforma de 1994 supuso un cambio de índole técnica más que de fondo[100] adicionándose la protección de las funciones representativas en los supuestos de nulidad o improcedencia con opción por la readmisión del despido representante quedando eliminadas otras hipótesis que pudieran tener cabida al amparo de la anterior redacción[101]. Supuso una modificación por razones sistemáticas con los cambios que la Ley 11/1994 introdujo en el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se ha limitado, únicamente, a la previa concurrencia de una sentencia condenatoria por la readmisión, bien porque se optó en tal sentido; bien porque se decretó la nulidad. Pero la doctrina va más allá bajo un criterio lógico, pues la reanudación sólo

[96] (RJ 1992, 10050).
[97] (RJ 1994, 4284).
[98] Sempere Navarro y Cavas Martínez, Jurisprudencia Social, Unificación de Doctrina, 1993–1994, 1ª Edic, Pamplona, 1995, pág.186.
[99] (AS 1991,6190).
[100] Alfonso Mellado, Carratalá Teruel y Morro López, La reforma del proceso laboral, 1ª Edic., 1994, Ob. Cit., pág. 72 y Marzal Martínez, «Los despidos objetivo y disciplinario en la reforma de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo)», Tribuna Social, 46, 1994, pág. 30.
[101] Ortiz Lallana, Ejecución de sentencias de despido. 1ª Edic., 1995, Ob. Cit., pág. 334.

cobra un sentido sistemático cuando el trabajador inste la ejecución provisional pero que sería anómalo –absurdo– que una vez instada por el operario comenzara a prestar servicios para otro empresario o terceros y persistiera en el empeño de representar a sus antiguos compañeros [102].

La garantía de esta obligación vino sancionada por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre algunas resoluciones, las sentencias de 22 de diciembre de 1983 [103] y 20 de diciembre de 1982 [104] –antecedente del vigente artículo 301–. Y como novedad técnica–jurídica es la remisión al artículo 282,c), facultando al Órgano jurisdiccional la adopción de astricciones al empresario que impide el desarrollo normal de las funciones representativas. Estas se dirigirán a requerir al empresario que permita el ejercicio de las actividades representativas so pena de imponer al mismo sanciones administrativas. En cambio, otro sector doctrinal desaconseja la aplicación de las medidas descritas en el derogado artículo 282 –por incidencia de la Ley 11/1994– de la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1990.

Se ha criticado la asunción por el Órgano jurisdiccional de instar la imposición de sanciones administrativas por incumplimientos de fallos provisionales eficaces [105]. Recordemos la posibilidad que posee el Órgano jurisdiccional de poner en conocimiento de la Autoridad Laboral al amparo de la Ley 7 de abril de 1988, núm. 8, debiendo ser matizado en el sentido que el empresario debe respetar la función representativa del trabajador pero no, en cambio, la obligación de dar trabajo al representante durante la ejecución provisional [106].

La posible ineficacia de estas astricciones se resuelven atribuyendo al *iudex a quo* las medidas derivadas del artículo 117 de la Constitución y artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [107].

Igualmente se ha criticado el silencio sobre los derechos de elección o de asamblea del trabajador que no ostente cargo de representación. La Ley de Procedimiento Laboral carece de previsión normativa al respecto, estimando la doctrina científica que ante el supuesto que el empresario haya optado por los servicios del ejecutante nada impediría su libre ejercicio [108].

Reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, mantiene el privilegio durante el año siguiente a la expiración del mandato del representante de los trabajadores la garantía sobre la opción en caso de despido improcedente pero matizando dicha privilegio en el sentido que cesado o destituido pierde el mismo [109]. La solución adoptada por el Alto Tribunal ha tenido su origen en la adopción del contenido del artículo 68 c) del Estatuto de los Trabajadores ante el silencio que mantiene la norma respecto a los despidos disciplinarios.

Esta doctrina, entiendo, podría ser aplicable a los supuestos de ejecución provisional, bien de aquellas sentencias que contengan un pronunciamiento en forma específica; bien cuando el trabajador opte por la readmisión.

b) La obligación del trabajador no es otra que la continuación de prestar servicios a menos, como ya mencionamos, que el empleador prescinda de los mismos Como es lógico, este régimen especial desaparece cuando se dicta por el *iudex ad quem* la resolución judicial que pone término a la ejecución provisional, pues nos hayamos ante una situación jurídica sometida a una verdadera condición resolutoria.

Ante el supuesto de readmisión del trabajador la tarea productiva ofrecida debe ser idéntica a la desempeñada con anterioridad al despido. Los cambios objetivos en los servicios debidos provocan la no-consideración de incumplimiento injustificado si el operario se niega a realizarlos.

El artículo 297 de la Ley de Procedimiento Laboral determina las consecuencias que para el trabajador produce un incumplimiento injustificado de sus servicios. La doctrina mayoritaria aúna los efectos derivados del incumplimiento a una aptitud renuente al cumplimiento de su obligación. Obligación que derivará de un requerimiento judicial como consecuencia de las actuaciones procesales descritas en los artículos anteriores –artículos 295 y 296–. Se rechaza, pese al sentido que pudiera ofrecer la redacción del precepto, que el requerimiento sea practicado por el empresario, pues únicamente le corresponde

[102] Ríos Salmerón, «Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido» en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Montoya Melgar, 1ª Edic., Ob. Cit., 1996, pág. 134.

[103] (RTC 1982, 83).

[104] (RTC 1982,78).

[105] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 140 y Durán López, «El Proceso de despido en el nuevo Texto Articulado: cognición y ejecución», Ob. Cit., I, 1990, pág. 471.

[106] Rodríguez Santos, Cebrian Badía, Avila Romero, Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, Ejecución Provisional de sentencias de despido, 2ª Edic., Lex Nova, Valladolid, 1991.

[107] Montero Aroca y Marín Correa, La ejecución provisional de sentencias laboral, en el proceso laboral, 1ª Edic., Ob. Cit., 1999, pág. 140.

[108] Ibídem, pág. 141.

[109] Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997,2607) y 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998,447).

comunicar al operario dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia la fecha de su reincorporación al trabajo[110], es decir, el supuesto del artículo 276, ya que sólo le compete solicitar y no practicar un requerimiento directo[111].

Las posibilidades que se derivan del artículo 297 son varias: bien que atienda el requerimiento con reanudación de los servicios al empresario; bien desatenderlo con dos variantes dependiendo de la concurrencia o no de causa justificada.

La causa justificada deberá ser apreciada por el Órgano jurisdiccional en trámite incidental del artículo 236. Estimo la necesidad de practicar prueba por ambas partes para examinar la virtualidad de la justificación[112]. Las consecuencias en el supuesto que fuese justificada, frecuentemente por la actitud obstruccionista del empresario, derivará en la carga empresarial de abonar las retribuciones debidas, liberando al trabajador de su obligación de prestar sus servicios. En cambio, ante la inexistencia de causa justificada, las consecuencias se bifurcan sobre la consideración del carácter que posea la relación laboral subyacente en el trámite de ejecución provisional.

La hipótesis principal es aquella que considera la relación laboral existente con contraprestaciones recíprocas de las partes. Si el trabajador desatendiera el requerimiento judicial sin causa justificada este incumplimiento incurriría en nueva causa de despido por desobediencia. La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15 de marzo de 1985[113] señaló que el sometimiento al recurso priva a la resolución judicial de fuerza ejecutiva encontrándose las partes en una situación expectante donde la vinculación contractual persiste –dada la inejucutoriedad del auto en donde se declaró la extinción– permaneciendo en vigor las obligaciones de cualquier contrato sinalagmático. Estas causas de extinción, no obstante producirse en fase de ejecución provisional, deberán hacerse valer en el procedimiento que tras nuevo despido inste el trabajador sin que tenga influencia alguna en la ejecución provisional en trámite. Esta misma posición fue admitida por

[110] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1640.

[111] Marín Correa, «De la ejecución de sentencias de despido» en La nueva Ley de Procedimiento Laboral, dir. Borrajo Dacruz, XIII, t. II, 1990, Ob. Cit., pág. 1675.

[112] En semejante criterio, Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 357.

[113] Vid Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1641.

la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de marzo de 1987[114].

Una duda surge ante esta situación: la posibilidad que el empresario proceda a un despido disciplinario del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, apartado 2º. a) –faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo– apartado 2º. b) –Indisciplina o desobediencia en el trabajo–. O bien entenderlo como una dimisión del trabajador del artículo 49.1º,d).

La previsión legal al respecto es entender que el incumplimiento injustificado del trabajador solo provocará la pérdida de los salarios de tramitación no pudiendo ser reclamados en ejecución provisional o en ejecución definitiva.

Marín Correa destaca la profunda modificación operada en el Real Decreto Legislativo 27 de abril de 1990, núm. 521 y consecuentemente en el vigente respecto al esbozo contenido en el Anteproyecto del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. En éste, el artículo 352 incorporaba un párrafo final del siguiente tenor: *pero en ningún caso habrá de tenerse como causa suficiente para la extinción de la relación laboral*[115].

Es sugestiva la cuestión. La omisión de este párrafo pudiera provocar una interpretación favorable al despido ante el incumplimiento del operario pues su actitud no fundamenta otra exégesis diferente que la favorable al criterio del despido empero la posición de algunos autores: bien sobre la consideración que la obligación dimanante del artículo 297 es eminentemente procesal y no sustantiva[116]; bien admitiéndolo siempre que el segundo despido lo fuese por causas distintas y por hechos diferentes al primero imposibilitando la alegación de la litispendencia so pena,además, de poder incurrir en una evidente tautología ante la eventual declaración como procedente del primer despido causando la extinción de la relación laboral y consecuentemente la inexistencia de causa de despido posterior instado por los defectos en fase de ejecución pro-

[114] Tesis defendida por Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1641 y García Fenollera, «Ejecución de sentencias de despido» , Consejo General del Poder Judicial, número especial, XIV, págs. 151 a 152.

[115] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1642.

[116] Montero Aroca, Introducción al Proceso Laboral, 4ª Edic., 1997, Ob. Cit., pág. 328 y Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido », en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1642.

visional[117]; bien sobre una interpretación *ad litteram* del artículo 297 considerar que el operario, únicamente, perderá los salarios de tramitación devengados *ex* artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral pero conservando el derecho a reclamar los que no correspondan al periodo de ejecución provisional: los devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia del Juzgado y los que puedan devengarse con posterioridad a la sentencia de la Sala[118].

Frente a estas posiciones, novedosa doctrina judicial manifestada en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de julio de 1996[119], considera el incumplimiento injustificado de la prestación de servicios del operario no como dimisión del mismo –ex artículo 49– sino como conducta encuadrable en el artículo 54.2°, a), despido disciplinario. En este sentido su Fundamento de derecho único:

> «Esta Sala entiende que habiéndose optado por la empresa por la readmisión del trabajador –tras un primer despido declarado improcedente–, requiriéndole para que con fecha 8 de enero de 1996 se reincorporase al trabajo, lo que tuvo lugar en el indicado día, no autorizaba al trabajador para ausentarse desde el día 10 de enero, no volviendo por el trabajo (nada consta en contrario), con el pretexto de que la readmisión había sido irregular –al no respetarse las condiciones de trabajo e incorporarle a oficina distinta, hechos por los que se siguió incidente en ejecución provisional sobre readmisión irregular, que terminó por Auto declarando la readmisión regular–; que la actuación de la empresa al notificarle carta de despido con

[117] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., págs. 357 y 358.

[118] Ibidem, 358, con remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3956)., Fundamento de derecho cuarto:

«[*] d) Lo que pasa es que el salario a que tiene derecho el trabajador durante la sustanciación del recurso, si no lo ha percibido en dicha fase porque él mismo no lo ha pedido y porque tampoco lo ha hecho el empresario que no ha deseado compensarlo con el trabajo, dejó de ser ya salario de sustanciación del recurso es, sin más, un pronunciamiento a su favor de la parte dispositiva de la sentencia, que, una vez firme, se ejecuta en los términos dispuestos en los artículos 200 y siguientes de la ley de Procedimiento Laboral; y se incluyen en la ejecución todas las cantidades a que tiene derecho el trabajador.

e) Sólo en el caso de que el trabajador rechazara la reincorporación ofrecida durante el trámite del recurso, quedaría privado de los salarios a que se refiere la sentencia cuya ejecución provisional se insta, sin perjuicio de que tal negativa tuviera alcance en la subsistencia de la relación laboral, a decidir en vista de las circunstancias concurrentes. Porque al dictarse la sentencia que desestime el recurso es cuando se cierra la eventual ejecución provisional, para que se cumpla dicha sentencia definitiva [*]».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1 de junio de 1992 (AS 1992,3271), reproduce idénticos fundamentos que la sentencia del Tribunal Supremo transcrita.

[119] (AS 1996, 2728).

> fecha 17 de enero por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo fue ajustada a derecho y debe prosperar, pues el actor aparte de reclamar, como así hizo, debió continuar trabajando en tanto no concurriera una causa de suspensión del contrato y el no haberlo hecho constituye una situación jurídica de incomparecencia reiterada al puesto de trabajo que cabe calificar de grave y que es justa causa de despido; por lo que de conformidad con el art. 55.5 del ET procede declarar el despido procedente, con la consiguiente extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación[*]».

Este argumento fue aceptado por inveterada doctrina del Tribunal Central de Trabajo, v.gr.: sentencias de 15 de marzo de 1985[120], 18 de febrero de 1986[121] y 1 de diciembre de 1987[122].

5. *Efectos económicos derivados de la ejecución provisional tras la sentencia resolutoria*

Como característica más llamativa del artículo 298 de la Ley de Procedimiento Laboral es la imposibilidad de reclamar al operario los cantidades recibidas en el supuesto que la sentencia hubiera sido revocada. Reconociendo el derecho del operario a reclamar las cantidades debidas que aún no hubiere recibido. Esto se explica sobre la naturaleza autónoma que posee la ejecución provisional, sancionada por diversa jurisprudencia[122].

Se esgrime la ejecución provisional como verdadera ejecución, no como una institución sometida a condición resolutoria; tampoco sometida a término y cuyas ramificaciones pueden ir más allá de la causa que motivo su nacimiento[123]. Por todo ello, no existe inconveniente en considerarla como verdadero proceso de ejecución[124].

La problemática que exponemos reviste una especial complejidad sobre la circunstancia que la Ley de Procedimiento Laboral no ha dis-

[120] (RTCT 1985,1890).

[121] (RTCT 1986,992).

[122] (RTCT 1987,26834).

[123] Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 1998 (RTC 1998,136) ; 2 de junio de 1997 (RTC 1997,105); 21 de mayo de 1996 (RTC 1996,87), 11 de abril de 1994, (RTC 1994,104) y 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992,234).

Del Tribunal Supremo, sentencias de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9814); 6 de octubre de 1995 (RJ 1995,7201) y 7 de julio de 1993 (RJ 1993,8044).

Igualmente, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas de 27 de julio de 1992 (AS 1992, 3782).

[124] Iglesias Cabero, «De las sentencias de despido», en Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, dir. por Montero Aroca, t II, 1ª Edic., 1993, Ob. Cit., pág. 1642.

pensado un tratamiento sistemático, debiendo acudirse a las normas reguladoras del proceso especial de despido, de la ejecución provisional y aquellos que disciplinan la reclamación al Estado por salarios de tramitación [125].

Desde esta óptica diferenciamos los siguientes supuestos:

– Confirmación por el *iudex a quem* de la sentencia de instancia que declaró improcedente o nulo el despido.

Ante el silencio legal, se opta por la no–devolución de ningún salario percibido durante el recurso [126]. Frente a la declaración del despido como nulo, los salarios comprenderán hasta la readmisión siempre con el oportuno descuento de los percibidos durante la ejecución provisional. Si el despido es declarado improcedente, la norma procesal impide modificar el sentido de la opción hecha en la instancia –artículo 111.2º de la Ley de Procedimiento Laboral–. Si se optó por la indemnización los salarios se devengarán hasta la notificación de la sentencia. Si por la reincorporación bien hasta el día de la readmisión, artículo 276 ; bien hasta la fecha del auto extintorio del artículo 279 en caso de incumplirse la readmisión. En estos casos se descontarán los salarios percibidos, artículo 295.

– Revocación por el Tribunal Superior de Justicia de la sentencia del Juzgado de lo Social.

Rige el criterio general del artículo 298, imponiendo la no–devolución. Son diversas las doctrinas que justifican esta percepción sin obligación de devolución, todas ellas girando enrededor a la naturaleza de la ejecución provisional, principalmente aquellas que giran sobre su condición de derecho autónomo. Además, se considera que su nacimiento nace *ex lege* [127] de una resolución judicial que declara la antijuridicidad de la decisión empresarial de despedir sin que pueda ser afectada por resolución ulterior que en nada afecta a aquella obligación procesal.

Las situaciones que pueden derivar de la disciplina de la Procesal Laboral son varias, distinguiendo los siguientes pronunciamientos y efectos de la resolución del *iudex a quem*:

[125] Sobre la ejecución provisional como proceso, vid. pág. **¡Error!Marcador no definido.**.

[126] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 358.

[127] Idem., pág. 358.

Sentencia del Juzgado declarando nulo el despido, cuando el Tribunal Superior de Justicia declare la improcedencia

La opción por la indemnización o por la readmisión se practicara en el plazo de 5 días siguientes a la notificación de la sentencia de la Sala y ante la Secretaria del Juzgado, artículo 110.3º. Podrá reclamarse al Fondo de Garantía Salarial el exceso de los 60 días desde la presentación de la demanda por lo que respecta a los salarios de tramitación, sin incluir en aquella declaración los abonados durante la ejecución provisional y ello aunque no se hubiesen utilizado los servicios del trabajador, artículo 116.1º, pues excluye dicha posibilidad.

La ejecución que surja con posterioridad deberá distinguir conforme al sentido de la opción. Si indemnización, la empresa deberá abonarla al amparo de las normas de la ejecución dineraria ante el impago; si se opta por la readmisión, los salarios de tramitación comprenderán hasta que dicha readmisión se produzca o hasta que se dicte el oportuno auto extintorio si no se produce la readmisión descontándose los abonados ex artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Sentencia del Juzgado declarando improcedente el despido

Esta posibilidad es más compleja pudiendo concurrir cambios en el sentido de la opción hecha en la instancia si el Tribunal Superior de Justicia confirma la improcedencia modificando la cantidad del salario; cómputo de la antigüedad o suma de la indemnización.

Las posibilidades declarativas del fallo judicial del *iudex a quem* pueden ser los siguientes:

a) **Improcedencia.** Si el Tribunal Superior de Justicia modifica el salario, la antigüedad o la indemnización la opción de la instancia puede ser alterada, artículo 111.1º, b), diferenciando bien si se opto en un primer momento por la readmisión y posteriormente por la indemnización, la cuantía de ésta ultima se fijará por la sentencia de la Sala, artículo 111.1º,b); bien si primero se optó por la indemnización y posteriormente se cambio el criterio por la readmisión, ésta retrotraerá los efectos a la fecha de la elección de instancia.

Las previsiones de la Ley 19 de mayo de 1994, núm. 11 en la Ley de Procedimiento Laboral 1990, refundidas en el Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995, núm. 2, ocasiona que ante la declaración de impro-

cedencia, si recurrida la sentencia, el operario se sitúe en situación de desempleo concluyendo que la retracción de los efectos ocasionará la compensación de las cantidades percibidas por tal prestación con los salarios de tramitación que hubieron devengarse, artículo 111.1°,b).

b) **Nulo**. La opción practicada en la instancia se tiene por inexistente, artículo 111.2° y los salarios deberán abonarse hasta la readmisión efectiva.

c) **Procedencia.** Esta declaración conllevará la extinción de la relación laboral sin derecho a la indemnización ni a salarios de tramitación, artículo 109 de la Ley de Procedimiento Laboral.La redacción anterior en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, artículo 116.3°, permitía al empresario solicitar al Fondo de Garantía Salarial los salarios de tramitación abonados durante la sustanciación del recurso si optó por la indemnización no utilizando los servicios del operario. Esta situación, actualmente, es insostenible legalmente, estimando parte de la doctrina [128] la recomendación para el empresario de optar por los servicios del trabajador pues aun el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del despido como procedente no cabrá reclamar al estado los salarios devengados al amparo del artículo 296.

Se han denunciado situaciones absurdas que pueden manifestarse por la concurrencia de diversas normas, supuesto de despido declarado improcedente por el Juzgado con opción a favor de la indemnización e interposición de recurso por el trabajador con sentencia de la sala confirmatoria de la improcedencia modificando la cuantía de la indemnización, optando el empresario por la readmisión en cuyo caso la readmisión retrotrae los efectos a la fecha de la elección en instancia. Como consecuencia respecto a los salarios de tramitación es el devengo de los mismos en un periodo donde no pudo haber servicios del trabajador.

Ante los supuestos de declaración de caducidad de la acción de despido, la solución operada impone la imposibilidad que el operario restituya lo percibido por aplicación, de nuevo, del artículo 298 del Real Decreto Legislativo 7 de abril de 1995. En este sentido sentencia del Tribunal Central de Trabajo 4 de septiembre de 1985 [129].

El término *revocada* utilizado por el legislador debe ser entendido en sentido amplio ya que si ante el supuesto de procedencia del des-

[128] Ibidem., pág. 359.
[129] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 360.

pido no debe devolver nada de lo percibido con mayor justificación ante el supuesto de caducidad de la acción [130].

Ante la declaración de nulidad de actuaciones la conclusión debe ser idéntica. Tesis corroborada por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo 18 de junio de 1985 [131].

Antaño surgió la polémica de conservar o no el carácter autónomo de la ejecución provisional ante aquellos pronunciamientos que declarasen la nulidad de actuaciones de la sentencia causante del trámite de ejecución. La repercusión del sentido de la opción tiene sus consecuencias respecto a la obligación o no de restituir las cantidades percibidas en el proceso de ejecución provisional. En el primer sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de junio de 1985. *A sensu contrario*, sentencia de 22 de septiembre de 1987[132] del mismo Organo Judicial. Sin olvidar aquellas otras, sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 29 de enero de 1984, 22 de septiembre de 1987 y 16 de febrero de 1988 [132], que mantenían la conservación de los efectos producidos por la ejecución provisional con anterioridad a la fecha de la sentencia del Órgano judicial *ad quem* negando virtualidad a los efectos producidos *a posteriori*, es decir, aquellos devengados hasta la firmeza de la sentencia.

Esta dialéctica ha sido zanjada, definitivamente, por actuales pronunciamientos interpretando que la nulidad de la sentencia de instancia por la dictada en suplicación sólo produce efectos respecto al derecho material a que se refiere, pero en nada limita los efectos procesales de la ejecución provisional que se funda en una declaración jurisdiccional que opera *ipso iure*, no provocando la inexistencia de todos los actos realizados, pues si ésta desaparición es cierta respecto a su contenido decisorio no lo es, en cambio, respecto a las consecuencias que causa la ejecución provisional.

Es significativo en esta tesitura, el Fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de febrero de 1992 [133]:

> «Olvida la recurrente el contenido del art. 298 de la misma Ley Procesal que, completando el anterior precepto citado, dis-

[130] (RTCT 1985,5133).
[131] Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 361.
[132] (RTCT 1985, 4039).
[133] (RTCT 1987,19560).

pone que aunque fuere revocada en todo o en parte la sentencia favorable al trabajador «éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia», lo cual, como indica la doctrina, implica pagos que se harán efectivos tras el conocimiento de la revocación de la sentencia impugnada, respondiendo este carácter de obligación no retornable a la naturaleza propia de las deudas alimenticias (art. 1615 de la LECiv). En efecto, la consecuencia indicada se produce no sólo en los supuestos de que la sentencia del recurso sea confirmatoria o revocatoria, sino que se mantiene también cuando contenga otros pronunciamientos, como la declaración de la caducidad de la acción de despido [STCT 4-9-1985, (RTCT 1985\5133)]; o la declaración de su inexistencia; o cuando se anula la sentencia recurrida [STCT 18-6-1985 (RTCT 1985\4039)]; en incluso cuando se declara la incompetencia de jurisdicción [STCT 22-9-1987 (RTCT 1987\19560)], si bien en este caso solamente por las cantidades acordadas con anterioridad a dicha declaración, ya que desde el momento en que se declara la incompetencia no puede el Órgano judicial adoptar válidamente decisión alguna. Y es que como enseña el mismo TCT [S. 10-1-1989 (RTCT 1989\525)], la revocación de la sentencia de instancia por la dictada en suplicación sólo produce efectos respecto al derecho material a que se refiere, pero en nada puede limitar los efectos procesales típicos de la ejecución provisional, fundada en una declaración jurisdiccional que «ope lege», y en exclusiva en el ámbito laboral, los concede en favor del trabajador despedido. En definitiva, como repite constantemente la doctrina de suplicación (STCT del día 18-6-1985 ya citada), la sentencia anulada «no produce el efecto radical de no haber existido nunca, pues, si ello es cierto respecto a un contenido decisorio que se produce ex novo por el nuevo pronunciamiento, no lo es en lo que atañe a los efectos o consecuencias legalmente derivados de su simple existencia, como es precisamente el de su ejecución provisional["]».

Ratio confirmada por la sentencian del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1993 [134], dictada en Sede de Recurso de casación para la unificación de doctrina sobre idéntico razonamiento que el Tribunal Constitucional en sentencia de 14 de diciembre de 1992 [135].

[134] Vid., Valdés Dal-Re, Unificación de Doctrina Social, II, 1997, Ob. Cit., pág. 607.
[135] (AS 1992,716).

La posición de la doctrina judicial aparece definitivamente zanjada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1994 [136].

La dogmática se ha pronunciado a favor de esta tesis [137]. Los razonamientos jurídicos para ello se centran en la exégesis de la institución de la ejecución provisional que no es otra que amparar al trabajador del estado de necesidad concurrente a la situación de despido causada. Además de proscribir el *in vanum abeo iuris* responde a una larga tradición histórica implantada en nuestro Derecho desde la Ley 10 de noviembre de 1942.

[136] (RJ 1993,8044).
[137] (RTC 1992,234).
[138] (RTC 1994,104).
[139] Vid. Valdés Dal-Re, Unificación de Doctrina Social, II, 1997, Ob. Cit., pág. 606; Cachón Villar y Desdentado Bonete, Reforma y crisis del Proceso Social (1994-1996),1996, Ob. Cit., pág. 128; Rodríguez Devesa, Ley de Procedimiento Laboral y su jurisprudencia,6ª Edic., Trivium, Madrid, 1996., pág. 1698 y Andino Axpe, Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social, 2ª Edic., 1996, Ob. Cit., pág. 361.

LOS POSIBLES CONFLICTOS COMPETENCIALES ENTRE LA COMUNIDAD DE MADRID Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 10/98, DE 9 DE JULIO, DE PATRIMONIO HISTÓRICO: ANÁLISIS Y SOLUCIONES

POR

D. JOSÉ M.ª ABAB LICERAS

Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Europea de Madrid-CEES

SUMARIO: I. Las competencias constitucionales de las comunidades autonomas en materia de patrimonio cultural historico-artistico. 1. Teoría de Alegre Avila. 2. Teoría de Alonso Ibañez. 3. Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico. II. La posición jurídica de las administraciones locales con relación al patrimonio histórico. 1. Previsiones contenidas en la legislación estatal sobre régimen local. 2. Previsiones contenidas en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico, de la Comunidad de Madrid. III. La concurrencia de competencias autonomicas y locales en la ley 10/1998: principio general. iv.- la concurrencia de normas urbanisticas, locales y culturales en la regulación de los bienes histórico-artísticos: conflictos. 1. Criterios jurisprudenciales aplicables en los supuestos de concurrencia sobre un bien cultural de preceptos provenientes de diferentes normas jurídicas. 2. Criterios jurisprudenciales aplicables en los supuestos de concurrencia sobre un bien cultural de preceptos provenientes de diferentes normas jurídicas. 3. El principio de prevalencia de la normativa cultural sobre la urbanística en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. V. Soluciones jurisprudenciales al conflicto de concurrencias competenciales sobre un bien cultural por autorizaciones provenientes de diferentes administraciones públicas. 1. Las autorizaciones autonómicas o estatales y las licencias municipales son independientes entre sí. 2. La intervención de los organismos tutelares autonómicos o estatales en materia de patrimonio histórico es previa y condicionante de las licencias municipales. 3. La licencia municipal está concedida, a título de precario, condicionada a la autorización que expida la Dirección General de Bellas Artes o el correspondiente organismo autonómico análogo. 4. En caso de conflicto, las autorizaciones dictadas por los organismos tutelantes del patrimonio histórico prevalecen sobre las licencias municipales. 5. La intervención previa y condicionante de los organismos estatales o autonómicos, competentes en la protección del patrimonio histórico, no supone una vulneración del principio de autonomía local. 6. La omisión de la necesaria intervención de los organismos tutelantes del patrimonio histórico no puede ser suplida por la unívoca intervención de los Ayuntamientos, so pena de la nulidad del acto en cuestión.

I. LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PATRIMONIO CULTURAL HISTÓRICO-ARTÍSTICO

Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico tienen un claro antecedente histórico en el Decreto de 30 de noviembre de 1933, por el que se pro-

cedió a traspasar facultades en esa materia a favor de la Generalidad de Cataluña, que culminarían en la promulgación de la Ley catalana de 3 de julio de 1934, sobre Protección del patrimonio histórico, artístico y científico [1]. En la actualidad, el artículo 148.1 de la Constitución (precepto considerado como núcleo esencial de la autonomía regional) [2], en sus números 15ª y 16ª atribuye a las Comunidades Autónomas con carácter general competencias sobre los Museos, bibliotecas y conservatorios de música, así como sobre el Patrimonio Monumental de interés de la misma. A su vez, otra serie de preceptos de mayor o menor incidencia en esas materias, son los números 3ª, 14ª, 17ª y 18ª del propio artículo 148.1., relativos a la ordenación del territorio y urbanismo; a la artesanía; al fomento de la cultura y a la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

Centrando la cuestión en torno a la dicción contenida en el artículo 148.1.16ª, los diferentes conceptos utilizados por el legislador no parecen muy afortunados. En efecto, partiendo de que el precepto faculta o posibilita, es decir, no impone coercitivamente, que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias con relación al *«patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma»*, parece evidente la dificultad interpretativa que se derivará del empleo de los términos «interés» y «monumental». Con relación al alcance que haya de otorgarse a la expresión «interés de la Comunidad Autónoma», la solución no es pacífica: ¿Qué ha de entenderse como tal? ¿Qué Administración, organismo o institución está legitimada para decidir cuando un determinado bien cultural ha de considerarse de interés de la Comunidad Autónoma? A su vez, el empleo del término «monumental» incrementa la sensación de lo desafortunado en la utilización de los términos contenidos en el precepto constitucional. Desde una perspectiva técnico-jurídica estatal, tanto en la Ley de 13 de mayo de 1933, como en la Ley de 25 de junio de 1985, la noción «monumental» hace referencia a una categoría o especie concreta dentro del concepto general más amplio y omnicomprensivo de patrimonio cultural, patrimonio histórico o patrimonio histórico-artístico. Utilizar el término «monumental» como sinónimo de alguno de los conceptos amplios y clásicos en nuestra legislación, equivale a emplear una de las modalidades en que se articula y asienta la noción

[1] Bassols Coma, M.: «El patrimonio histórico español: aspectos de su régimen jurídico», Revista de Administración Pública, número 114, (1987), página 95.

[2] Parejo Alfonso, L.: «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional», CEC, (Madrid, 1981), página 104.

general en que aquél se integra. Por lo tanto, una de las especies se permite definir o configurar el género al que pertenece, criterio sumamente reprobable, si se atiende a la inexistencia de una interpretación homogénea y plenamente aceptada del mismo. Los antecedentes mencionados conducen a reafirmar la idea inicialmente apuntada: el artículo 148.1.16ª de la Constitución se desenvuelve por un ámbito de conceptos jurídicos indeterminados y sumamente inseguros a la hora de interpretar su alcance, contenido y aplicación. Unos de los mejores análisis sobre el tema son los realizados por Alegre Ávila y por Alonso Ibáñez.

1. Teoría de Alegre Ávila

Alegre Ávila, interpretando este importante precepto constitucional, distinguía en su análisis dos grandes categorías: por una parte, la integrada por las Comunidades Autónomas de autonomía plena; y, por otro lado, las Comunidades Autónomas calificadas por este autor como de segundo grado, (clasificación que, dada la fecha en que se escribió la obra, no tomó en cuenta la transformación operada en éstas últimas Comunidades Autónomas con ocasión de las reformas estatutarias llevadas a cabo primordialmente en las Leyes Orgánicas de 24 de marzo de 1994, 30 de diciembre de 1996 y 3 de julio de 1997).

1. Con relación a las Comunidades Autónomas de primer grado, el autor referido incluye bajo esa categoría a las entidades autonómicas del País vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, (al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución y del artículo 151 de la misma Norma Suprema), junto a las que también sitúa a las Comunidades Autónomas de Canarias y Valencia, en virtud de las Leyes Orgánicas 11 y 12/1983, de 10 de agosto, respectivamente, de transferencia de competencias en materia de titularidad estatal. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas mencionadas se caracterizan por asumir la plenitud de competencias en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico, (frente a las estrictamente relativas al patrimonio monumental de interés para la Comunidad Autónoma, según la dicción recogida en el artículo 148.1.16 para el resto de los Estatutos autonómico), recogiendo tan sólo como límite la potestad estatal establecida en el artículo 149.1.28ª de la Constitución.

2. Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas de segundo grado, ALEGRE AVILA expone que la traslación práctica en los diferentes Estatutos de Autonomía del esquema recogido en el artículo 148.1.16ª de la Constitución permitía realizar una clasificación, (antes de las modificaciones estatutarias operadas en esas Comunidades Autónomas como consecuencia del impulso ofrecido por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre)[3], en la que distinguían tres grandes grupos de Estatutos, atendiendo a la transposición literal o extensa de la esfera competencial prevista en la Constitución con relación al patrimonio monumental[4].

2. Teoría de Alonso Ibañez

El tema para esta autora se reduce a constatar que en los propios Estatutos de Autonomía hay un reconocimiento implícito de que las competencias en materia de patrimonio histórico no quedan claramente precisadas (como se comprueba en la inclusión de fórmulas como la de «sin perjuicio»), lo que en la práctica se traduce en permitir ulteriores concreciones de esas competencias por parte del Estado. Por estas razones, tomando como pilar de referencia el principio de función, llega a afirmar que una ley estatal, como la del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985, constituye un límite indisponible para las Comunidades Autónomas, y deviene en demostrar la primacía de la normativa estatal frente a la autonómica, a las que parece pretender relegar a una posición subsidiaria y orientada a la realización de actuaciones en el campo del fomento. Ello se traduce en considerar que las Comunidades Autónomas sólo tendrán competencias legislativas de respeto de la legislación del Estado (en tanto no

[3] La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, sobre transferencias de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, dispuso en su artículo 4º, letras d) e i), que se procedería a transferir a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León, la competencia de ejecución de la legislación del Estado en las materias de:

d) Gestión de museos, archivos, bibliotecas de titularidad estatal, que no se reserva al Estado. Los términos de la gestión serán fijados mediante convenios.

i) Propiedad intelectual».

Estas competencias tendrían su principal materialización práctica a través de las diferentes Leyes Orgánicas dictadas el día 24 de marzo de 1994.

[4] Alegre Avila, J.M.: «Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico», Ed. Ministerio de Cultura (1994), Tomo II, páginas 656 a 660.

perturben o interfieran la legislación estatal); y competencias ejecutivas respecto a la legislación estatal y a la suya propia[5].

3. Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico.

Tomando como referencia las previsiones contenidas en el artículo 148.1.16ª de la Constitución Española y la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/1991, de 31 de enero[6], en

[5] Los argumentos que esgrime esta autora para mantener esta postura se basan en tres diferentes tipos de razones:

a) Porque forma parte del bloque de la constitucionalidad.

b) Porque el Estado tiene reservada constitucionalmente la defensa frente a la exportación y la expoliación, en los términos en que esta atribución quede delimitada con carácter de exclusividad.

c) Porque el Estado tiene el monopolio para garantizar las condiciones básicas que permitan a los individuos el ejercicio igualitario de los derechos y deberes constitucionales, de conformidad con el principio de uniformidad en las condiciones de vida de los ciudadanos, previsto en el artículo 149.1.1º de la Constitución.

Cfr.: Alonso Ibañez, M.R.: «El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural», Ed. Civitas, (1992), página 83, nota marginal número 89, y páginas 93 y siguientes.

[6] Las previsiones constitucionales en materia de patrimonio histórico fueron materializadas por el Estado a través de la promulgación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, decisión ésta que suscitó la reacción, en sentido adverso, por parte de las Comunidades Autónomas Catalana, Gallega y Vasca quienes interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la ley estatal. Este conflicto desembocó en el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional de la sentencia número 17/1991, de 31 de enero, en donde se recogen las líneas maestras de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico, alrededor de los siguientes principios:

1. Existe una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura, ya que como el propio Tribunal señala en sus sentencias 49/1984, 157/1985 y 106/1987, «la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas» (F.J. 3º).

2. El Estado tiene potestad para legislar en la materia relativa al patrimonio histórico, disciplina integrada en el amplio concepto de cultura, y que puede concretarse en los siguientes supuestos:

a) Con relación a los bienes de titularidad estatal, (entre los que cabe incluir los pertenecientes al Patrimonio Nacional).

b) Cuando se precise adoptar tratamientos generales, «específicamente aquellos principios institucionales que reclaman una definición unitaria, puesto que se trata del Patrimonio Histórico Español en general (Preámbulo y artículo 1º.1)».

c) «Cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias», (competencia supletoria o residual en relación a las Comunidades Autónomas).

d) «Cuando se trate de materias que no hayan sido estatutariamente asumidas por cada una de las Comunidades Autónomas» (en el sentido previsto en el artículo 149.3 de la Constitución).

e) Con relación a los bienes y situaciones descritas en el artículo 149.1.28º de la Constitución, lo que supone que «el Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes, en lo restante, según sus respectivos Estatutos».

mi opinión, las competencias autonómicas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico se despliegan en las siguientes situaciones:

1. Por una parte, las Comunidades Autónomas tendrán una potestad originaria y prevalente para dictar la legislación reguladora del patrimonio histórico situado en su ámbito territorial, con base en el artículo 148.1.16ª de la Constitución[7]. Partiendo de esta afirmación, (que no considero una extralimitación del marco competencial atribuidas a las mismas por la Constitución), se excluiría la aplicación de la correspondiente legislación autonómica respecto a dos categorías de supuestos:

a) En primer lugar, los bienes culturales pertenecientes a la Administración del Estado o al Patrimonio Nacional (siguiendo un criterio subjetivo o relativo a su titularidad). En estas situaciones, siguiendo el principio recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 84/1983, de 24 de octubre, sería conveniente que en cualquier actuación o actividad que afecte a dichos elementos culturales de competencia estatal se dejase intervenir a la Comunidad Autónoma en que radicase el bien a través, por ejemplo, de la emisión de un informe no vinculante, dado el deber general de colaboración existente entre ambas Administraciones, atendiendo al modelo de

3. Dado que «no cabe extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultura, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una posición definida del amplio espectro de la misma», el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que, salvo en los supuestos que hemos mencionado en el apartado anterior, «las Comunidades Autónomas ostentan la competencia en lo restante, según sus respectivos Estatutos».

4. La competencia autonómica deberá respetar las potestades atribuidas al Estado «sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá de ponderar en cada caso concreto, (así los títulos que resultan, v. gr. de los números 6 y 8 del artículo 149.1)» (F.J.3º).

5. En todo caso, «existe un deber general de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no es preciso justificar mediante preceptos concretos porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado por la Constitución» (F.J.4º).

7 Esta solución, en otros aspectos, ha sido calificada por García de Enterría como una interpretación «foralista», en donde se potencia el papel de los Estatutos de Autonomía partiendo de considerar la distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas desde una base de «exclusividad», mediante una técnica de separación formal y absoluta en las competencias a desempeñar por uno u otro ente público territorial.

Cfr.: García de Enterría, E.: «Estudios sobre Autonomías Territoriales», páginas 89 y siguientes.

organización territorial proclamado por la Constitución, (Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia 17/1991, de 31 de enero).

b) En segundo lugar, las situaciones subsumidas bajo los conceptos de «exportación» y «expoliación», (siguiendo un criterio objetivo derivado del artículo 149.1.28ª de la Constitución, y reconocido, por ejemplo, en el artículo 13.1 de la Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano).

2. Por otra parte, en aquellas Comunidades Autónomas en que todavía no exista promulgada una norma que regule con carácter general la materia relativa al patrimonio inmobiliario histórico será de aplicación la legislación estatal, representada por la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985. No obstante, esta última disposición se aplicará con carácter subsidiario respecto al resto de las normas de carácter particular, singular o individualizado que hayan dictado las Comunidades Autónomas que carecen de una norma general sobre patrimonio cultural.

La cuestión de las competencias legislativas de la Comunidad de Madrid, con relación al tema del patrimonio cultural histórico-artístico, ha sido resuelta por la promulgación de la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid[8].

II. La posición jurídica de las Administraciones locales con relación al patrimonio histórico

La primitiva Ley sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional, de 13 de mayo de 1933, concibió un sistema en el que se primaba la actuación del Estado, a través de las funciones asignadas a la entonces Dirección General de Bellas Artes y demás órganos administrativos dependientes o relacionados con la misma. Dentro de ese esquema legal, a los Ayuntamientos se les atribuían funciones de complemento y auxilio a las inter-

8 La Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, es considerada como una disposición legal que encaja en el esquema constitucional que toma como referencia la distinción entre norma básica-norma de desarrollo, delimitando las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma en la materia. La normativa autonómica, aunque no se limite a desarrollar o completar la legislación estatal (representada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español), ni a añadir cuestiones no reguladas por la misma, no puede considerarse como contrario al orden constitucional de distribución de competencias. La razón es que la normativa estatal puede ser objeto de modulación y de desplazamiento en cuanto excedan de la estricta competencia estatal exclusiva.

Cfr.: Ballarín Irisarren, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 3, (1999), página 220.

venciones que realizase el Estado en el ámbito de la conservación y protección del patrimonio cultural histórico-artístico[9].

En todo caso, la actuación concurrente, complementaria o en mutua colaboración entre el Estado y las Corporaciones Locales no restringían las privilegiadas facultades concedidas a la Administración Estatal para que, en caso de desconocimiento o vulneración por parte de los Ayuntamientos implicados del genérico deber legal de conservar y proteger su patrimonio cultural, fuese el Estado el que interviniese sustituyendo las omisiones de actuar de los entes locales. El mejor testimonio, en este sentido, se halla condensado en la **sentencia de 15 de febrero de 1978 (Ar. 600)**, donde se analiza en concreto la carencia de actuaciones que en aras a preservar la integridad del patrimonio histórico-artístico omitió un Ayuntamiento, motivo por el que el Tribunal Supremo legitima la intervención subsidiaria del Estado en ese supuesto concreto[10]. El propio Tribunal Supremo en

[9] La traducción normativa de ese postulado se consagraba en el artículo 36 de la Ley de 13 de mayo de 1933, en donde se afirmaba:

«Todos los Municipios españoles están obligados a velar por la perfecta conservación del patrimonio histórico-artístico existente en su término municipal. Para ello enviarán, en el plazo de seis meses, al Fichero Artístico informes detallados conforme al artículo 67 de esta Ley; además deberán denunciar en todo caso a la Junta local del Tesoro Artístico de su demarcación o a la Junta Superior del Tesoro Artístico los peligros que corran los edificios u objetos históricos por derrumbamiento, deterioro o venta, acudiendo en caso de urgencia a tomar las primeras medidas para evitar el daño. También están obligados a contribuir en la proporción que fije el Reglamento a la reparación de las construcciones.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones privará al Municipio de todo derecho sobre el inmueble u objeto de que se trate, que el Gobierno hará trasladar, cuando esto sea posible, o tomará sus medidas de seguridad con absoluta independencia de las autoridades locales».

[10] El Considerando Cuarto, in fine, de la sentencia de 15 de febrero de 1978 (Ar. 600), es significativa en este extremo al exponer:

«(...) por todo lo cual, ni aún partiendo de que la declaración que nos ocupa fuera contraria al Ayuntamiento de Álava o a alguno de los vecinos del «casco viejo» de dicha ciudad, existiría base válida para oponer tales intereses al de orden público que reviste dicho Patrimonio y que afecta a toda la nación, intereses coincidentes, en la mayoría de los casos, y que han de salvaguardarse por la acción conjunta del Estado y los municipios, aun cuando de tal protección pudieran derivar inconvenientes de orden material, que han de subordinarse a los valores de orden espiritual que conforman el reiterado Patrimonio Artístico Nacional, por ello, si el Ayuntamiento de Salvatierra dice tener resuelto ya el problema de la conservación de este patrimonio artístico, y esta solución es perfecta, nada le añadirá la declaración controvertida en cuanto a su singularidad y sólo vendrá a refrendarla, pero sin añadirle nada, mientras que, si por el contrario, resulta que las actuaciones municipales no protegen suficientemente ese acerbo espiritual que representa el Patrimonio Artístico, el Estado tiene que actuar para impedir su destrucción, no sólo de las obras o edificios en concreto, sino del entorno que las enmarca, pues tanto se ataca a ese Patrimonio si se destruyen aquellos edificios, como si se deterioran o se prescinde del entorno en que se ubican, de ahí que el Ayuntamiento de Salvatierra de Alava no haya aducido fundamento o prueba alguna en contra de la declaración que nos ocupa, basándose en conjeturas y en subjetivaciones que, en modo alguno, pueden desvirtuar la declaración que se analiza, devenida y canalizada a través de un minucioso expediente, en el que obran informes y actuaciones que conllevan a aconsejar la adopción del precitado e impugnado Decreto».

la **sentencia de 16 de mayo de 1979 (Ar. 2480)**, puntualiza para esos supuestos que la posible inactividad o actitud pasiva de los Ayuntamientos sólo podrá ser suplida por el Estado y nunca por cualquier órgano jurisdiccional[11].

El criterio expuesto, mantenido en la venerable Ley de 13 de mayo de 1933, tuvo su continuación y reflejo en las distintas normas dictadas en su desarrollo y complemento. Por ello, no es extraño que se afirme que cualquiera que fuese la metodología utilizada, la posición de las Administraciones Locales en la legislación del siglo XX y con relación al patrimonio cultural histórico-artístico se ha caracterizado por ostentar una mera **posición colaboradora o de cooperación** con el Estado[12].

1. Previsiones contenidas en la legislación estatal sobre régimen local

La necesidad de defender y preservar los testimonios culturales existentes en los distintos municipios y provincias españolas constituye un axioma que no ha sido ignorado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En concreto y, por lo que se refiere a los Ayuntamientos, los apartados e), d), y f), del artículo 25.2 de la norma les asignan competencias en las siguientes materias:

> *«e) El Patrimonio histórico-artístico».*
>
> *«d) La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas, parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales».*
>
> *«f) La protección del medio ambiente».*

[11] Confirma esta tesis la sentencia de 16 de mayo de 1979 (Ar. 2480), en cuyo Considerando Segundo se expone textualmente:

«CDO.: Que antes de examinar las alegaciones propiamente de fondo deducidas por la parte apelante, procede dejar sentado, en lo relativo a protección de la riqueza monumental que se dice perturbada por la sentencia recurrida que no es al Tribunal de lo contencioso-administrativo a quien compete enmendar o subsanar manifiestas inercias municipales durante largo tiempo mantenidas, como tampoco es dable exigir de la Jurisdicción interpretaciones que implicarían sustituir la actividad propia del Ayuntamiento en defensa del patrimonio histórico-artístico y preterida en el caso por cuanto concierne al oportuno empleo de los medios jurídicos establecidos a tal fin, ya por la vía del planeamiento y catalogación o registro prevista en los arts. 13, 14, 15, 20, 33 y 34 de la Ley del Suelo de 1956 vigente a la sazón, con posibilidad de suspender las licencias al tenor del art. 22; o bien, sin necesidad de previo Plan de especial ordenación, al modo que prevé el art. 169-1 para el diverso supuesto de edificios ya construidos.(...)».

[12] Martín Mateo, R., «La propiedad monumental», Revista de Administración Pública, número 49, (1966), páginas 68 a 71.

Desde una perspectiva legislativa, las previsiones señaladas en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local han tenido su complemento en una serie de preceptos contenidos, tanto en la propia Ley 7/1985, como en el Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986. No obstante, su mejor reflejo a nivel de Derecho positivo de ámbito local, se hallan en las disposiciones contenidas en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado en virtud del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio[13]. En otro sentido, también cabe destacar la mención contenida en el artículo 21.2.e) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, en donde se atribuye a los Ayuntamientos, a través de la correspondiente licencia urbanística, el controlar específicamente si un proyecto se ajusta a los planes de ordenación urbana y, además, si concurren circunstancias como «*si las construcciones pueden ser demolidas por carecer de interés histórico o artístico o no formar parte de un conjunto monumental y si el derribo se proyecta con observancia de las condiciones de seguridad y salubridad*».

2. *Previsiones contenidas en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico, de la Comunidad de Madrid.*

La Ley del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, de 9 de julio de 1998, establece una serie de funciones y competencias atribuidas a las Administraciones Locales madrileñas en la materia objeto de regulación en la norma, por lo que ha merecido el calificativo de norma «municipalista», atendiendo al teórico papel que a quellas le asigna la norma [14]. Dentro de las diferentes referencias contenidas en la norma destacan, por una parte, un principio general en el que se

[13] Con anterioridad a esta disposición reglamentaria, el Decreto de 27 de mayo de 1955, por el que se aprobaba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, preveía en su artículo 11 que la adquisición de bienes a título oneroso exigiría, además del cumplimiento de los preceptos del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, contar con un informe previo del Ministerio de Educación Nacional, cuando un bien tuviese carácter histórico o artístico y su valor excediese del uno por ciento del presupuesto municipal o de 200.000 pesetas en todo caso.

[14] Así se pronuncia BALLARIN IRIBAREN que, no obstante, matiza luego su afirmación señalando que el «municipalismo» de la Ley 10/1998 es más aparente que real, «y que incluso hay motivos para considerar que uno de los motivos dominantes de la Ley es la desconfianza frente a la capacidad de la Administración municipal para proteger adecuadamente el Patrimonio Histórico».

Cfr.: Ballarín Iribarren, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 3, (1999), páginas 222 y 223.

exponen las funciones que con carácter general les atribuye la disposición legal; y, por otra parte, las situaciones en que las entidades locales ejercitan funciones asesoras y consultivas.

2.1. Principio general

El artículo 2º.2.c) de la Ley de 9 de julio de 1998 atribuye con carácter general a las Administraciones Locales competencias para garantizar tanto la defensa del patrimonio cultural histórico-artístico, como el acceso al mismo de todos los ciudadanos, en sintonía con las previsiones contenidas en los artículos 9º.2 y 10.1 de la Constitución [15]. Esa declaración inicial se completa con la previsión expuesta en el artículo 3º.2 de la propia Ley 10/1998,242 en donde la posición jurídica de las Administraciones Locales se caracteriza por los siguientes criterios:

1. La protección, defensa, realización, promoción y difusión del valor de los bienes culturales sitos en su término municipal, constituyen diferentes manifestaciones de actuaciones públicas que se configuran como un deber legal para las Administraciones Locales.

2. Actuarán directamente, aunque con un carácter provisional y subordinado a la decisión final a adoptar por la Comunidad de Madrid, en aquellos supuestos que reúnan dos circunstancias:

a) Que exista una situación de urgencia y peligro para la pervivencia de un bien cultural.

b) Que sea preciso adoptar medidas que se estimen necesarias para garantizar la savaguardia del bien cultural amenzado.

3. Actuarán con un carácter subordinado al órgano cultural competente de la Comunidad Autónoma respecto al resto de las situacio-

[15] El artículo 2º.2 de la Ley 10/1998 parte de señalar las instituciones competentes en la aplicación de la norma al exponer:

«Son instituciones competentes a los efectos de garantizar la protección más eficaz del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid y el acceso al mismo de todos los ciudadanos las siguientes, en función de las facultades que a cada una de ellas atribuye la presente Ley:

a) El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

b) La actual Consejería de Educación y Cultura y las estructuras administrativas que la puedan suceder en el encargo de velar por la defensa del patrimonio histórico.

c) Las Corporaciones Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

d) Los organismos e instituciones que se regulan en los artículos 4 y 7 de la presente Ley».

nes, normales o anormales, que afecten a la integridad y otros aspectos de un bien cultural, a través de la remisión expresa en ese aspecto a las previsiones contenidas en la Ley estatal del Patrimonio Histórico Español [16].

2.2. Funciones de carácter asesor y consultivo

Las Administraciones Locales madrileñas ostentan una naturaleza asesora y consultiva en la temática cultural a través de su participación en el Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, según pone de relieve el artículo 7º.4.c) de la Ley 10/1998, en concordancia con el artículo 7º.2.c) del Decreto 18/1999, de 4 de febrero [17].

Junto a esas funciones también pueden mencionarse las encomendadas por el artículo 4º de la Ley a las Comisiones Locales del Patrimonio Histórico [18]. Estos organismos son concebidos omo

[16] El artículo 3º.2 de la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid afirma: «Los Ayuntamientos en coordinación con las Comisiones Locales de Patrimonio Histórico tienen el deber de proteger, defender, realizar, promover y difundir el valor cultural de los bienes integrantes del patrimonio que se ubique en sus respectivos términos municipales y adoptar las medidas cautelares urgentes y necesarias para la salvaguarda de los mismos. Asimismo, comunicarán inmediatamente a la Consejería de Educación y Cultura cualquier situación que ponga o pueda poner en peligro la integridad de tales bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico».

[17] BALLARIN IRIBARREN señala que la Ley 10/1998 atribuye a los Ayuntamientos facultades de inspección y control en materia urbanística e inmobiliaria, pero las relaciones con la Comunidad de Madrid se complican en los supuestos de planeamiento urbanístico, en donde existe una cierta desconfianza y una soterrada lucha de poder. Esa impresión se manifiesta sobre todo con relación a los Planes Directores para Monumentos, instrumento que puede sustraer a los Ayuntamientos sus competencias urbanísticas (artículo 27), lo que, unido a otros factores, le lleva a afirmar que el legislador autonómico tiene menos confianza en los Ayuntamientos que el legislador estatal.

Cfr.: Ballarín Iribarren, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 3, (1999), páginas 222 y 223.

[18] El Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid aparece concebido en el artículo 7º de la Ley 10/1998, de 9 de julio, como un órgano de naturaleza colegiada y participativa, destinado a la coordinación, deliberación, elaboración de propuestas y emisión de dictámenes en materia de protección del patrimonio cultural madrileño. Aunque el precepto enumera las personas que lo presidirán e integrarán (entre otras circunstancias), su carácter asesor y consultivo no es reconocido expresamente en la norma, ni el alcance vinculante o no que haya de atribuirse a sus dictámenes, aspectos que deberán ser concretados en el reglamento que regule su composición, organización y funcionamiento, según la remisión prevista en el artículo 7º.5 de la disposición legal. Aunque la norma no contiene una enumeración expresa de las diferentes competencias que se atribuyen a esta entidad, diversos preceptos aislados permiten sostener que se le otorgan facultades de emisión de informes en supuestos como el de la aprobación de un plan plurianual de ayudas para acciones de conservación, mejora y restauración de bienes del patrimonio histórico madrileño, realizado por el Consejo de Gobierno de Madrid (artículo 48.5 de la Ley

organismos destinados a la conservación, salvaguarda, protección y custodia del patrimonio histórico. Su creación, puede tener un doble origen:

a) Con carácter facultativo, podrán crearse las Comisiones Locales en aquellos municipios que la correspondiente Consejería estime necesario, cuyo ámbito de actuación comprenderá normalmente un municipio y, con carácter excepcional, más de uno, siempre que existan razones fundadas que aconsejen adoptar esa decisión.

b) Con carácter imperativo, el artículo 4º.2 prevé la preceptiva creación de Comisiones Locales en aquellos municipios en los que se haya aprobado un Plan Especial de Protección o instrumento urbanístico análogo, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el artículo 20 de la Ley estatal del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985 [19]. En estos supuestos, las referidas Comisiones Locales *«examinarán las actuaciones que afecten a los bienes y emitirán preceptivamente informes con carácter previo a la concesión de las licencias municipales»*.

10/1998); o en la concesión de premios, ayudas y becas de investigación, destinadas a la conservación del patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma (artículo 48.6 de la norma).

El artículo 7º.4.c) de la Ley 10/1998 señala que el Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid estará integrado por los siguientes vocales:

c) Cinco Vocales Alcaldes-Presidentes de Corporaciones Locales, o personas en quienes deleguen con competencias técnicas en la materia de la Comunidad de Madrid, en cuyo término territorial se hallen ubicados conjuntos históricos, sitios históricos o zonas arqueológicas declaradas bien de interés cultural u otros bienes que hayan sido objeto de dicha declaración; dichos Vocales serán nombrados por el Consejero de Educación y Cultura, a propuesta de la Federación de Municipios de Madrid».

[19] Las Comisiones Locales del Patrimonio Histórico tienen su origen en el Decreto 100/1988, de 29 de septiembre, en cuyo artículo primero se afirmaba que se constituían en el seno de la Consejería de Cultura, para la conservación y custodia del patrimonio histórico, «en aquellos municipios en que se estime necesario, en orden a la protección del mismo». Estos órganos, cuyo nacimiento en los diferentes municipios de la Comunidad de Madrid constituía una potestad meramente facultativa y discrecional según se desprende del contenido del precepto referido, no obstante, presentaba un carácter reglado tanto en su composición, (prevista en el artículo 2º del Reglamento), como en sus funciones (enumeradas en el artículo 3º de la norma). Esta disposición debía completarse con las previsiones establecidas en el Decreto 74/1993, de 26 de agosto, por el que se procedía a declarar los efectos del silencio administrativo en los diferentes procedimientos mencionados en la disposición reglamentaria. Así y por lo que se refería a las actuaciones desempeñadas por las Comisiones Locales del Patrimonio Histórico, con relación a la autorización de obras, se fijaba en dos meses el plazo para que dicho organismo resolviese expresamente, pasado el cual, podría estimarse denegada la solicitud por silencio administrativo negativo.

III. La concurrencia de competencias autonómicas y locales en la ley 10/1998: principio general

El artículo 3º.1 de la Ley 10/1998 afirma que *«en el ejercicio de sus respectivas competencias, la Administración de la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos velarán por la integridad del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, tanto público como privado, desarrollando las actuaciones oportunas para su protección, acrecentamiento y conservación, fomentando la participación de los ciudadanos en estas actuaciones»*.

La inteligencia del precepto postula como finalidad asegurar la integridad presente y futura de los bienes culturales madrileños, con independencia de su titularidad dominical y de su estatuto jurídico, a través de actuaciones en el marco de sus respectivas competencias. No obstante, esa pulcra declaración se ve empañada en la práctica diaria por la concurrencia en un mismo supuesto de normas e intervenciones administrativas derivadas del ejercicio de competencias provenientes de diferentes Administraciones Públicas. El tema se hace especialmente acuciente respecto a la concurrencia de normas urbanísticas, locales e histórico-artísticas en el caso de inmuebles de carácter cultural.

IV. La concurrencia de normas urbanísticas, locales y culturales en la regulación de los bienes histórico-artísticos: conflictos

Desde una perspectiva jurídica los bienes integrantes del patrimonio cultural histórico-artístico, es especial, los de naturaleza inmobiliaria, presentan una serie de características, entre las que destacan:

1. Por una parte, su especial estatuto jurídico, que les hace merecedores de una significativa protección y tutela por parte del ordenamiento jurídico, en la tendencia de garantizar su conservación, mantenimiento y pervivencia de cara al futuro.

2. Por otra parte, la concurrencia simultánea en un mismo supuesto de hecho del ejercicio de competencias por parte de Administraciones Públicas de distinto ámbito territorial. En este último sentido cabe destacar que cualquier tipo de intervención a realizar sobre un inmueble declarado de carácter cultural se caracteriza por la necesidad, preceptiva e inexcusable, de contar, como mínimo y por lo general, con dos diferentes tipos de autorizaciones administrativas:

a) En primer lugar, la emitida por el órgano competente en materia de patrimonio histórico, ya sea del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente, con base en la distribución de competencias constitucionales y consagradas en las correlativas disposiciones legales y reglamentarias.

b) En segundo lugar, con la correspondiente licencia expedida por el Ayuntamiento de la localidad en que radique el inmueble sobre el que se pretende intervenir, de conformidad con las previsiones señaladas tanto en la normativa urbanística, como en la legislación de régimen local.

1. Criterios jurisprudenciales aplicables en los supuestos de concurrencia sobre un bien cultural de preceptos provenientes de diferentes normas jurídicas

La articulación práctica de estas premisas ha sido analizada por el Tribunal Supremo, quien reconoce que la evidente coexistencia y concurrencia de distintos tipos de normas sobre un mismo bien de naturaleza inmobiliaria, se traduce en la necesidad de crear y articular un sistema que garantice la aplicación de las distintas disposiciones en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico, con arreglo a determinadas reglas o principios. Este panorama encuentra su reflejo sobre todo con relación a los edificios y construcciones integrantes del patrimonio cultural histórico-artístico, en cuya regulación jurídica concurre la aplicabilidad simultánea de preceptos provenientes tanto de la normativa urbanística, como de la legislación sobre patrimonio cultural. Las soluciones aportadas por la jurisprudencia para resolver el posible conflicto de normas se centra en torno a dos premisas distintas:

1. Por un lado, se postula la necesidad de aplicar las distintas normas concurrentes, sin que la utilización de las unas suponga discriminar o ignorar a las restantes, dado que son diferentes las finalidades y las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada disposición aplicable.

2. Por otro lado, los posibles conflictos normativos que surjan por la aplicación simultánea de diferentes preceptos legales son resueltos acudiendo a un principio de especialidad, a cuyo tenor ha de resolverse, atribuyendo preeminencia y superioridad a la legislación rela-

tiva al Patrimonio Histórico sobre otras normas de distinta naturaleza jurídica.

1.1. La necesidad de aplicar las distintas normas jurídicas concurrentes sobre un mismo bien cultural, con base en criterios de coordinación y respeto, atendiendo a sus diferentes causas, funciones y finalidades.

Una primera aproximación al tema puede tomar como referencia las sentencias de 13 de abril de 1982 (Ar. 1980) y de 17 de enero de 1985 (Ar. 226), al analizar los efectos prácticos que una situación de ruina plantea para un inmueble con valor histórico y artístico. Ambas resoluciones judiciales llegan a la conclusión de que la legislación cultural y la urbanística son diferentes, sin declarar expresamente la prelación de la una sobre la otra, aunque la conclusión que apuntan de reconstruir los elementos más significativos del inmueble, parecen suponer una velada confesión y reconocimiento de la primacía de la normativa especial cultural sobre la general, encarnada en la Ley del Suelo. En este sentido, la mencionada sentencia de 17 de enero de 1985 (Ar. 226), sintetizando el criterio de ambas, declara:

«(...) Pero en todo caso y conocida la panorámica legal en torno a las supuestas declaraciones de ruina y las competencias para declararlas, algo resulta claro, y es, que en manera alguna son equiparables las situaciones previstas en la Ley del Suelo y la del Patrimonio Artístico, por cuanto que una y otra responden a hipótesis diferentes, y es obvio que el concepto de ruina difiere radicalmente en mérito a la funcionalidad del inmueble y su destino, ya que cuando la ruina afecta a la vivienda y afectados son propietarios y moradores en otro es el Patrimonio Artístico Nacional en su manifestación histórico-artística y en su virtud lo que es o podría ser indiscutible e irremediable ruina a los fines de vivienda o morada, no lo es los de conservación del inmueble que se pretende para admiración, embellecimiento y contemplación de que se trata, ese perfil diferenciador es el que ha podido dar lugar a la doctrina de esta Sala en torno a la contraposición de competencias y concurrencia de las mismas y la de respeto de unas y otras para hacer posible la finalidad última que se persigue así como el condicionamiento de los intereses privados al interés público, pero en todo caso habrá de estimarse que teniendo como finalidad esencial y por demás lógica toda la legislación protectora del Patrimonio Artístico la conservación del mismo impidiendo que éste pueda desaparecer ante su sacrificio por satisfacción de otros intereses materiales coartados en su desarrollo por esos serios impedimentos, es cierto también que cuando ese objeto o bien no tiene ya posibilidad de ser rehecho y conservado habrá de entenderse que en ese momento, si se concibe el bien protegible aisladamente no tendrá ya esa efectiva protegibilidad y si se inserta en un Conjunto Histórico-Artístico donde quizás sea más prevalente la unidad del mismo, que las individualidades que lo integran en todo o en parte, sólo la inclusión en un futuro proyecto podrá en la medida de lo posible paliar los efectos de la ruina que se haya podido producir en el inmueble, y es esa alternativa la que ofrecen las resoluciones recurridas al autorizar la presentación de un proyecto de remodelación y adaptación a un nuevo uso respetando y reconstruyendo los elementos más significativos».

El mantenimiento escrupuloso de las distintas competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a diferentes Administraciones Públicas, puede sufrir algún tipo de riesgos a la hora de aplicar conjuntamente la legislación especial sobre patrimonio histórico, junto a los preceptos urbanísticos atribuidos a los Ayuntamientos en un concreto supuesto de hecho. Sin embargo, ello no debía suponer un obstáculo al mantenimiento y respeto recíproco de las atribuciones propias de cada Administración Pública concurrente, conforme señala la **sentencia de 21 de julio de 1986 (Ar. 5533)**, en donde se defiende la conservación que el Ayuntamiento afectado debe hacer de las competencias que en materia urbanística le atribuyen las leyes, con independencia de las facultades que en materia de Patrimonio Histórico desarrollen los organismos competentes en ese ámbito. En ese sentido la referida sentencia indica:

«(...) pues la potestad municipal para ordenar urbanísticamente al suelo comprendido en su término incluye la de proteger también, desde la órbita e intereses locales las zonas, conjuntos urbanos, edificios y espacios naturales, según lo dispuesto en estos preceptos, sin perjuicio del preceptivo informe de la Dirección General competente del Estado, o de sus órganos de la Administración periférica para adverar la conformidad de un proyecto de edificación con los supuestos protegidos por la declaración estatal de inclusión y valoración de los conjuntos o edificios singulares de interés histórico-artístico, que no pueden ser desvirtuados por la ordenación municipal, pero si ser completados por esta, o contemplada desde la perspectiva de los intereses locales con la consecuente regulación de otras restricciones para la edificación, o la observancia de otras condiciones; debiendo, en cualquier caso, quedar incólume la potestad municipal y otorgar las licencias según su propio Planeamiento y Ordenación, al

margen de atender también las competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas dentro de los límites de sus competencias, o de las Diputaciones Provinciales, con el debido acatamiento al principio de la Autonomía Municipal, artículo 140 de la Constitución, que es compatible con la incidencia de otras competencias fundadas en intereses nacionales, regionales o provinciales».

1.2. Principio de aplicación preferente de la legislación especial relativa al Patrimonio Histórico en supuestos de conflicto de normas

Una primera aproximación al tema lo ofrece la **sentencia de 14 de junio de 1965 (Ar. 3585)**, en donde, al analizar un supuesto concreto de concurrencia normativa entre las facultades atribuidas a favor de los Ayuntamientos, así como de las competencias ostentadas por los Organismos protectores del Patrimonio Histórico, se afirma con un mero alcance incidental la supremacía de la Legislación Cultural sobre la de Régimen Local atendiendo al doble criterio de su naturaleza jurídica de índole estatal y específica. El Considerando Sexto es bastante expresivo al indicar:

> *«(...) Pero obvio resulta que al razonarse en tales términos, es cuando se incurre en verdadero error, porque se deja de tener presente que si bien es uno de los fines (inciso j) de dicho artículo 101 de la repetida Ley de Régimen Local cuando concierne a Monumentos artísticos e históricos, y que según el ap. f) del art. 122 de la misma Ley, la concesión de las licencias para obras corresponde a la Comisión municipal mencionada, ha de distinguirse que la competencia referida a la primera de dichas facultades, tiene que verse limitada en razón a la determinada por otra legislación específica superior por su carácter estatal, cual es en el caso presente la Ley de 13 mayo 1933 (...)».* [20].

[20] El artículo 20 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español señala:

«1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general.

2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ello.

La **sentencia de 31 de octubre de 1988 (Ar. 8341)**, resuelve la posible controversia en favor de la legislación reguladora del patrimonio histórico, tomando como referencia la propia normativa urbanística, en concreto el artículo 57.2 de la redacción legal correspondiente a 1976, al exponer:*»Existiendo conformidad respecto a que se trata de un inmueble con restos de una iglesia inacabada cuya iniciación se remonta al siglo XVIII, incluido en el recinto histórico-artístico de la ciudad de Baeza, la supuesta prevalencia atribuida a la normativa urbanística sobre la sectorial concurrente, que según este punto de vista llegaría a neutralizar cualquier disposición de este último carácter si se opusiera a los derechos emanados de aquélla, no puede sostenerse a la luz del art. 57.2 de la propia Ley del Suelo cuando establece, «que la aprobación de los planes no limita las facultades que correspondan a los distintos departamentos ministeriales para el ejercicio de sus competencias según la legislación aplicable por razón de la materia»; de modo que si la aprobación de la Dirección General de Bellas Artes es preceptiva y presupuesto de la concesión de licencia urbanística, conforme a la legislación protectora del patrimonio histórico-artístico, por efecto de la interdicción de toda obra que afecte al suelo donde se asiente el edificio o conjunto amparado por la declaración formal a que se refiere el art. 26 de la Ley de 13 de mayo de 1933, resulta infundada la tesis de que una eventual discrepancia entre ambos ordenamientos debe resolverse en favor de lo que disponga la legislación urbanística, pues contrariamente las limitaciones impuestas por esta causa a cualquier aprovechamiento en el área afectada son irredimibles, sin perjuicio de que el menoscabo patrimonial experimentado en su caso, resulte susceptible de*

Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.

3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las ya otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.

4. Desde la aprobación definitiva del Plan al que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrollen el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos, ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo de diez días desde su otorgamiento. Las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan aprobado serán ilegales y la Administración competente podrá ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones».

reparación, con arreglo al art. 87.3 de la Ley del Suelo, cuando el perjuicio derive de un acto definitivo».

En el mismo sentido, recogiendo y asumiendo las ideas expuestas tácitamente por diversa doctrina jurisprudencial, la **sentencia de 15 de febrero de 1978 (Ar. 600)**, al analizar las competencias administrativas concurrentes en materia de Patrimonio Histórico-Artístico, expone de forma incidental:*«De ahí que, con independencia de los criterios sustentados por los municipios en esta materia y congruentes previsiones que hubiesen adoptado dentro de su peculiar competencia, corresponde al Estado, a través de la Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural del Ministerio de Educación y Ciencia, adoptar cuantas medidas y prevenciones considere oportunas, «en cuanto atañen a la defensa, conservación y acrecentamiento» de aquél Patrimonio, art. 3º de la Ley 13 mayo 1933, por lo que las intervenciones de ambos organismos, dentro de sus competencias, lejos de excluirse se complementan, estándose en un supuesto de «un problema de pluridad o coexistencia de diferentes normas legales, sin que con la aplicación de los preceptos de la Ley y Reglamento sobre el Patrimonio Artístico, se vulnere la Ley del Suelo, ni siquiera otro de ámbito nacional, puesto que en todo momento es de aplicación preferente, por el interés público que representa la defensa del Patrimonio Artístico Nacional», Sentencias de este Tribunal de 4 julio 1970 y 22 septiembre 1966»* [21].

Completa el análisis de este cuadro jurisprudencial la **sentencia de 4 de julio de 1970 (Ar. 3313)**, que expone un argumento esgrimido y sustentado, con posterioridad, por las **sentencias de 29 de octubre de 1984 (Ar. 4748)** y de **19 de noviembre de 1991 (Ar. 8898)**, en el sentido de reconocer la prioridad de la legislación especial de carácter cultural que tiene efectos, incluso, a la hora de evaluar el alcance de una licencia municipal en comparación con una autorización expedida por el organismo competente en la defensa y salvaguardia del patrimonio histórico, y que se traduce en la subordinación de aquélla a ésta última. En este sentido, ambas sentencias afirman con idéntica literalidad: *«Que igualmente es inadmisible la pretensión del recurrente de que al dar a la Ley un efecto retroactivo, se vulnera el principio recogido en el art. 3º del C. Civ. sobre retroactividad de la Ley, porque en el caso presente no estamos ante un problema de retroactividad de una ley que expresamente no hubiese consignado que tendría ese efecto, sino que con la aplicación de los preceptos de la Ley y del Reglamento sobre Patrimonio Artístico, se vulnere ni la Ley de Régimen Local, ni la llamada del Suelo, ni ninguna otra de ámbito nacional, puesto que en todo momento es de aplicación preferente, por el interés público que representa la defensa del Patrimonio Artístico Nacional». Que tampoco es admisible la pretensión de que las resoluciones impugnadas violan la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y efectos de las licencias de obras municipales, porque tales licencias concedidas por los Ayuntamientos están siempre supeditadas a que durante el tiempo de construcción, no se incoe el expediente sobre declaración de monumento histórico-artístico o conjunto urbano o cualquier otro a los que se refiere el art. 34 de la Ley comentada, pues entonces, las facultades decisorias de la Dirección General de Bellas Artes son indispensables en defensa del interés público llamado a ser protegido, de cuyo dictamen los Ayuntamientos no podrán apartarse, según ordena el último inciso del art. 23 de la Ley tan citada, llegando ésta en su art. 34, a conceder la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, de aquéllos edificios que aun terminados totalmente con anterioridad a la incoación del expediente, impiden la contemplación del monumento histórico-artístico del conjunto urbano, que es lo acordado en la resolución ministerial, siendo indiferente a estos efectos que el edificio en lugar de estar totalmente construido, lo esté, como en el caso presente, sólo en su esqueleto».*

3. *El principio de prevalencia de la normativa cultural sobre la urbanística en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.*

La primacía de las disposiciones dictadas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico sobre la normativa urbanística tam-

[21] El principio apuntado es enunciado de forma expresa, pero sin ningún tipo de desarrollo argumental posterior que justifique su aseveración, en la sentencia de 8 de octubre de 1982 (Ar. 5748), cuando, simplemente menciona:

«(...) pero las medidas interventoras para la conservación de dicho Patrimonio tienen unos límites referidos a la propiedad privada y a las facultades dominicales como son que a la declaración proceda la incoación del correspondiente expediente y que se apliquen las prescripciones referentes a la declaración de monumentalidad de que se trate, debiendo supeditarse a esa normativa especial de carácter estatal la municipal y de urbanismo (...)»

El postulado también es evocado de forma incidental en la sentencia de 17 de marzo de 1980 (Ar. 1006), cuando, simplemente, alude al mayor rango jerárquico que ostentan las disposiciones protectoras de los bienes culturales sobre otra normativa concurrente. En ese sentido afirma:

«(...) es en el 73 en el que se recoge el exponente de la especial preocupación de orden urbanístico y respeto hacia lo que constituye el patrimonio artístico y, lo que supone la necesidad de reverencia y conservación que merece el acervo cultural, interesado por edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional, representando preocupación, no sólo por lo que de valoración estética, de armonía, y más cuando esa valoración es de mayor rango (...).»

bién constituye una realidad perceptible en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. En efecto, el artículo 28.1 establece un auténtico principio general de prevalencia y vinculación de la normativa cultural sobre la urbanística, aunque matizada a través del mecanismo de resoluciones dictadas con carácter individual para cada supuesto que se produzca en la realidad. Con este motivo, el aludido precepto señala que *«las resoluciones por las que un inmueble sea declarado de interés cultural o se incluya en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid prevalecerán sobre los planes y normas urbanísticas que afecten al inmueble, debiendo ajustarse dichos planes y normas urbanísticas a las resoluciones mencionadas antes de su aprobación o bien si estaban vigentes ajustarse a ellas mediante las modificaciones oportunas»*. Dichas resoluciones producen un triple efecto:

1. Por una parte, se ordenará la iniciación del procedimiento de modificación del planeamiento conforme a los dictados previstos en la normativa urbanística aplicable en la Comunidad Autónoma.

2. Por otra parte, quedarán automáticamente suspendidas las licencias de obras sobre el bien cultural implicado, hasta la aprobación definitiva de la modificación urbanística.

3. Por último, el artículo 28.1, in fine, prevé que la elaboración, revisión o modificación de los instrumentos urbanísticos correspondientes podrán ser realizados por la Consejería de Educación y Cultura (hoy Consejería de Educación a esos efectos), tanto en el supuesto en que el Ayuntamiento interesado se lo solicite, como cuando transcurra el plazo de un año desde la publicación de la resolución, sin que se haya procedido a la adopción a la nueva situación derivada de la declaración de naturaleza cultural.

El postulado evocado se completa con otra serie de directrices contenidas en el propio precepto, y que pueden sintetizarse en los siguientes aspectos:

a) Con carácter preceptivo, el artículo 28.3 señala que en la tramitación de los procedimientos objeto de los acuerdos expresados, deberá rehacer un informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

b) La inclusión de inmuebles en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid será resuelta por el Consejo de Gobierno

de la Comunidad Autónoma, siempre que la regulación conlleve una alteración del régimen urbanístico previsto en el planeamiento para el inmueble implicado (artículo 28.2). No obstante, la rúbrica legal expuesta plantea la duda de si ese mismo procedimiento y la competencia administrativa enunciada se seguirá en el supuesto de que se proceda a declarar un Bien como de Interés Cultural y se proceda a su inscripción en el Registro de Bienes de Interés Cultural. Ante el silencio de la norma, un mínimo principio de congruencia y de eficacia en la labor administrativa aconseja adoptar el mismo criterio de intervención que el anteriormente expuesto[22].

V. Soluciones jurisprudenciales al conflicto de concurrencias competenciales sobre un bien cultural por autorizaciones provenientes de diferentes administraciones públicas

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado diversos criterios que pretenden solucionar los conflictos de concurrencias competenciales que pueden surgir a la hora de aplicar sobre un mismo bien de carácter cultural las autorizaciones provenientes de los organismos autonómicos o estatales, tutelares de la protección del patrimonio histórico y artístico; y las licencias municipales expedidas por los Ayuntamientos implicados. Esos postulados son los siguientes:

1. Las autorizaciones autonómicas o estatales y las licencias municipales son independientes entre sí.

Esta idea es mantenida por las **sentencias de 17 de diciembre de 1975 (Ar. 322) y de 2 de junio de 1977 (Ar. 2824)**. La primera de

[22] La sentencia de 8 de mayo de 1987 (Ar. 3569), recogiendo la doctrina elaborada por otras resoluciones judiciales, recoge, a título incidental, una deducción que puede tener acogida en el principio aquí analizado:

«Como ha recordado ésta Sala en sentencia de 3 de octubre de 1986, recogiendo la doctrina de otras anteriores, las atribuciones de los organismos protectores del Patrimonio histórico-artístico obedecen a la exigencia de defender el derecho social a la cultura; y ello obliga a interpretar la legislación protectora de dicho patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo, en virtud de lo expresamente dispuesto en el art. 45 de la Constitución Española, y otorga cobertura legal para impedir o demoler las obras que pudieran producir a dicho patrimonio daños y perjuicios irreparables, y en consecuencia, aquéllos organismos pueden -separándose incluso, si ello fuera necesario, de las normas urbanísticas, y de las licencias que se hubieran otorgado por otros organismos- adoptar o imponer las limitaciones que discrecionalmente estimen necesarias para tal fin, aunque tal potestad, como todas, no es absoluta, sino limitada en los términos resultantes de los artículos 9 y 103 de la Constitución (...)».

ellas establece este principio delimitador, siendo reproducido su argumento, con posterioridad, en la otra resolución judicial consignada, en donde se menciona expresamente esta nota característica, junto a la concurrencia de competencias, sin ningún tipo de razonamiento o motivación que justifique aquél aserto. Completa este postulado la **sentencia de 23 de julio de 1992 (Ar. 6173)**, que se limita a mencionar la independencia entre ambas resoluciones, provenientes de diferentes Administraciones Públicas, sin ningún otro tipo de argumentación o razonamiento en su desarrollo.

2. La intervención de los organismos tutelares autonómicos o estatales en materia de patrimonio histórico es previa y condicionante de las licencias municipales.

Defienden este principio un destacable número de resoluciones jurisprudenciales, entre las que cobran singular protagonismo la siguiente enumeración cronológica: sentencia de 14 de junio de 1965 (Ar. 3585), 2 de noviembre de 1965 (Ar. 4758), 1 de marzo de 1967 (Ar. 808), 19 de mayo de 1969 (Ar. 3042), 6 de junio de 1969 (Ar. 3264), 22 de noviembre de 1969 (Ar. 5155), 26 de junio de 1971 (Ar. 3321), 5 de marzo de 1974 (Ar. 1063), 16 de marzo de 1977 (Ar. 1066), 11 de junio de 1979 (Ar. 2904), 9 de octubre de 1980 (Ar. 3878), 19 de diciembre de 1983 (Ar. 6345), 29 de octubre de 1984 (Ar. 4748), 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8793), 10 de julio de 1989 (Ar. 5736), 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8898), 22 de enero de 1992 (Ar. 758), y 6 de mayo de 1993 (Ar. 3406).

Si pretendiéramos mostrar la doctrina legal más representativa de este criterio consolidado en la jurisprudencia, sobresaldría, entre otras, la **sentencia de 22 de enero de 1992 (Ar. 758)**, en donde, tras afirmarse la prevalencia de la autorización de los organismos tutelares sobre el patrimonio cultural con relación a las licencias expedidas por las Corporaciones Locales, con base en el artículo 23.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, se procede a hacer un completo análisis de los postulados en que han de basarse las relaciones concurrentes entre todas las Administraciones Públicas implicadas. En este sentido, se afirma: «*CUARTO.- Ya más concretamente será de subrayar que la obtención de la autorización administrativa necesaria para la realización de obras en el ámbito de los Conjuntos Histórico-Artísticos ha de reputarse presupuesto necesario para la posterior obtención de la licencia municipal dada la trascendencia de aquéllos para la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal: así lo declara hoy expresamente el artículo 23.1 de la Ley*

16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español y esta es también la solución que inspiraba la vieja Ley de 13-5-1933. En esta línea ha de subrayarse:A) La importancia de las competencias que en el ámbito del Patrimonio Histórico corresponden a los Municipios -arts. 101.2.j) del Texto Refundido de 24-6-1955 y hoy 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local- ha dado lugar a que se les encomiende una «acción energética» en la defensa de los Conjuntos Histórico-Artísticos: esta es la terminología de la Orden Ministerial de 20-11-1964 -ap. 14- que se destaca, no obstante su rango, en razón de que su contenido acierta a reflejar el sentido de nuestro ordenamiento jurídico en relación con el directo interés local en la materia.B) Es clara la íntima conexión de la protección del Patrimonio Histórico con el ordenamiento urbanístico, hasta el punto de que pueden llegar a una coincidencia o fusión a virtud de la formación de Planes Especiales -arts. 17 y 18 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 77 y 78 del Reglamento de Planeamiento y hoy art. 20.1 de la Ley 16/1985-, lo que implica que cuando todavía no se ha llegado al Plan especial, el Ayuntamiento ha de velar, incluso más energéticamente, por aquella protección, lo que se logra mediante la previa exigencia de la autorización administrativa correspondiente -en esta línea, hoy, art. 20.3 de la Ley 16/1985, ya citada-. Así lo ha declarado esta Sala en la S. 21-1-1992. QUINTO.- Y así las cosas será de añadir:A) Que lo expuesto afecta no sólo a las licencias de obras sino también a las de actividades, dado que el art. 26 de la Ley de 1933 advierte de la importancia de destinar los edificios que caen bajo su imperio a fines que por la Administración competente se estimen incompatibles con su valor y significación artística o histórica.B) Que las llamadas licencias provisionales del art. 58.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo han de tener también por incluidas en la normativa que se viene examinando, habida cuenta de la finalidad de ésta.C) Que en último término, el art. 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo impide la obtención de licencia por silencio administrativo positivo en tanto no se haya producido la autorización administrativa prescrita por la normativa del Patrimonio Histórico.De todo ello deriva la improcedencia de otorgar las licencias litigiosas en tanto no se haya obtenido la autorización necesaria en el ámbito del Patrimonio Histórico, pero al propio tiempo todo ello implica que la no solicitud de esa autorización no es fundamento bastante para la denegación de tales licencias debiendo dar lugar este dato negativo meramente a un requerimiento para la subsanación de la deficiencia (...)».

Con anterioridad, desde una mera perspectiva temporal, la articulación de este criterio delimitador en la competencia de las diferentes Administraciones Públicas concurrentes tenía otras fuentes normativas, consecuencia de la normativa derogada por la vigente Ley estatal 16/1985, dictada para la salvaguardia del Patrimonio Histórico Español. Aquél elenco sistemático ya fue puesto de relieve por las ***sentencias de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8793)*** *y de* ***19 de diciembre 1983 (Ar. 6345)***[23]*. Las consecuencias del desconocimiento o vulneración de este principio consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene su respuesta en una breve pero tajante afirmación recogida en la* ***sentencia de 10 de julio de 1989 (Ar. 5736)****, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se expone:»(...)* y otra, la en que incurrió A. V. por haber dado comienzo a las obras sin tal autorización, prevista en el artículo 76.1.d) y e) de la misma Ley, sin que por la absoluta independencia de ambas quepa en modo alguno subsumir ésta en aquélla, ya que la obtención de la expresada autorización previa actúa como condicionante tanto para que el Ayuntamiento otorgue su licencia como para que el titular de la misma pueda comenzar las obras, y la falta de

[23] Junto a este postulado general, la norma de 9 de julio de 1998 recoge otra serie de testimonios respecto al tema de las autorizaciones administrativas, en donde caben destacarse los siguientes supuestos:

1. El artículo 56 el cual expone que las actuaciones realizadas sobre bienes integrantes del Patrimonio Histórico que, requiriendo una autorización autonómica previa, no haya sido solicitada o se hubiese ejecutado contraviniendo sus condiciones, será causa que legitime una suspensión inmediata de las actuaciones realizadas, comunicando dicha suspensión al Ayuntamiento interesado (a no ser que sea éste último quien realice la suspensión, en cuyo caso deberá comunicar el hecho a la Consejería de Educación y Cultura en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes). Si la suspensión cautelar es ignorada o vulnerada, la Administración autonómica ordenará la retirada de los materiales y utensilios empleados en dichas actuaciones, sin perjuicio de proceder al precinto o retirada de los materiales utilizados, (que quedarán a disposición de su propietario), si el interesado no procede a realizarlo en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la suspensión.

2. El artículo 57 sienta el principio consistente en facultar a la Consejería de Educación y Cultura para ordenar a las personas e instituciones responsables un conjunto de medidas tales como la reparación de los daños causados en los bienes culturales; su reposición o reconstrucción (sin que se falsee, adultere o degrade las propiedades históricos de los bienes de interés cultural o inventariados); su derribo; o las medidas innominadas que sean necesarias para restituir el bien cultural a su estado anterior (con independencia de la sanción que corresponda).

3. Con un carácter concreto, atendiendo a su aplicación a un ámbito estrictamente urbanístico, el artículo 31 atribuye a la Consejería de Educación y Cultura una facultad de carácter vinculante con relación a la naturaleza del informe preceptivo que ha de emitir en la aprobación de todo instrumento de planeamiento que se dicte, sobre el régimen jurídico de protección aplicable a los bienes culturales.

4. Por último, el artículo 56.3 señala que las licencias y órdenes de ejecución que se hayan otorgado con infracción de las medidas de protección establecidas en la propia Ley 10/1998, o sin la preceptiva autorización autonómica, motivará la imposición de la correspondiente sanción, cuyo régimen será el dispuesto por la legislación general.

ella implica el que uno y otro obren ilícitamente en sus respectivas actividades».

La exigencia de que el organismo competente en materia de patrimonio histórico dicte o deniegue la autorización que se le somete a su consideración es interpretada por la ***sentencia de 9 de octubre de 1980 (Ar. 3878)****, no sólo como un requisito preceptivo y previo a la licencia municipal, sino, incluso, condicionante con carácter absoluto de la actuación municipal que no podría otorgar su licencia sin la autorización dictada por la autoridad tutelante*[24].

3. La licencia municipal está concedida, a título de precario, condicionada a la autorización que expida la Dirección General de Bellas Artes o el correspondiente organismo autonómico análogo.

Frente a las distintas resoluciones judiciales consignadas en el apartado anterior que postulaban la necesidad de un otorgamiento previo, preceptivo y condicionante de las autorizaciones dictadas por los organismos tutelantes en materia de patrimonio histórico sobre las licencias municipales, existen otro conjunto de sentencias, menores en número, que permiten la expedición de la correspondiente

[24] La primera de las resoluciones mencionadas, en su Fundamento de Derecho Segundo, in fine, incluye una enumeración textual de las normas que legitimaban la intervención previa de la entonces Dirección General de Bellas Artes sobre las funciones a desarrollar por el Ayuntamiento implicado en el concreto supuesto de hecho analizado. La breve clasificación legal es la siguiente:

«(...) que tratándose de un solo edificio y dando el mismo a la calle Panaderas, es totalmente insostenible negar a la Dirección del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos, por el simple hecho de que únicamente va a incidirse con la reforma en la parte del mismo con frente a calle no integrada en dicho expediente de ampliación, el ejercicio de una potestad de intervención, previa a la municipal y condicionante de ésta, que respecto de todo lo comprendido en el ámbito de los Conjuntos Histórico-Artísticos le viene atribuido por el conjunto normativo constituido por las Leyes de 13 de mayo de 1933 -artículos 17, 23 y 33- y 22 de diciembre de 1955 -artículo 2.º-, el Reglamento de 16 abril de 1936 -artículos 21 y 25- y el Decreto de 22 de julio de 1958 -artículo 6.º-, a fin de, precisamente, ver si lo a operar sobre ello afecta al Conjunto Histórico-Artístico o no».

La otra de las resoluciones aludidas, de 19 de diciembre de 1983, completa la antigua previsión legal en su Considerando Séptimo cuando declara:

«(...) así la legislación protectora del Patrimonio Histórico-Artístico impone como requisito necesario previo la aprobación municipal de todo proyecto a realizar en zona protegida, que el mismo haya sido a su vez aprobado por la Comisión Provincial o en su caso de la Dirección General del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos -art. 6 del D. 22 julio 1958 de Patrimonio Artístico-Histórico y 10 del R. D. 392/1978 de 10 febrero en relación con el art. 2.º a y b del D. 3194/1970 de 22 octubre, 33 y 26 de la Ley de 13 mayo 1933 e Instrucciones de 9 y 11 aprobadas por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 20 noviembre 1964- cuando las obras modifiquen calles o plazas inmediatas a un monumento, con una competencia propia de la Administración Central que aunque concurrente o compartida -como dice la S. de 24 mayo 1973- con la municipal (art. 36 de la Ley de 13 mayo 1933, 73 de la Ley del suelo) que, como ha dicho el Tribunal Supremo, no significa una actividad de tutela o fiscalización sobre la Administración Local sino el ejercicio de funciones privativas –S. 22-XII-1969–.(...)».

autorización local, si bien sometida a los resultados derivados de la dictada por la Administración estatal o autonómica, tutelante de los bienes culturales. Esta idea aparece formulada en la **sentencia de 30 de mayo de 1977 (Ar. 2228)**, en cuyo Considerando Tercero se menciona expresamente la naturaleza precarista de la licencia municipal, condicionada a las resultas que se deriven de la resolución final que dicte el organismo público estatal competente en materia de patrimonio histórico[25]. Ratifica esta tesis la **sentencia de 11 de junio de 1979 (Ar. 2904)**, en donde se contempla, junto al postulado general de la autorización previa y condicionante de la Dirección General de Bellas Artes o similar órgano competente de carácter autonómico, la posibilidad de dictar una licencia municipal a la espera de la resolución pertinente de aquéllos organismos tutelares[26].

La idea de precariedad en la licencia otorgada por un Ayuntamiento a la espera de la autorización que dicten los organismos protectores del patrimonio cultural histórico-artístico, se complementa con su sujeción a los mandatos contenidos en aquella legislación, contra cuyas disposiciones no pueden prevalecer otra serie de actos dictados por las Corporaciones Municipales, como podrían ser los permisos conferidos verbalmente. Este principio aparece consagrado en la **sentencia de 29 de marzo de 1978 (Ar. 1151)**, en donde se alude

[25] La afirmación aparece expresada en los Considerandos Segundo in fine y Tercero, donde se alude a grandes rasgos:

«(...) la licencia de aquél centro directivo de la Administración Central es preceptiva y, naturalmente, previa a la municipal, y en el caso no aparece sin embargo solicitada; sin que baste la orden o autorización antes citada, ya que para que tenga verdadera eficacia, debe emitirse en vista de un proyecto de obras concreto, único modo de poder calificar las mismas y determinar si son de la clase de las que se ordenaron o permitieron (...).

(...) Sin embargo, es patente por lo expuesto que tampoco podía otorgar la licencia municipal tal como ordena dicha sentencia sin obtener previamente la del órgano que a efecto de calificación de las obras tiene competencia específica y concurrente; por todo lo cual debe concluirse que la Corporación Municipal al denegar la licencia obró con arreglo a derecho pese a que se fundase en distintos argumentos (...)».

[26] La breve reseña jurisprudencial que postula esta idea se expresa en los siguientes términos:

«Que la concesión de la licencia de construcción, librada por el Ayuntamiento de Lorenzana, base de la argumentación de la demanda, está sólo a título de precario, según consta en ella, o sea por mero consentimiento o tolerancia, con lo que, desde el primer momento, se está declarando que no fija compromiso, concesión o autorización en firme, por lo que quedaba sujeto a las eventuales dificultades u oposiciones que pudieran surgir, como en efecto ocurrió, puesto que, afectando las obras a un contorno monumental y aun conscientes de su significado, como lo acredita el citado informe del Arquitecto de las obras -aunque personalmente lo califique de fea y despreciable la parte afectada- carácter monumental conocido por los interesados, no sólo presuntivamente sino expresamente desde que supieron la incoación del expediente de declaración de Monumento Histórico-Artístico, y al serles notificada la Orden de paralización de las obras, sin que conste el momento en que obedeciendo dicha orden ejecutaron dicha paralización».

a la nula virtualidad que pueden tener las concesiones brindadas por los Ayuntamientos que conculquen la legalidad sobre patrimonio histórico, (en el supuesto enjuiciado la indebida colocación de un cartel publicitario en un edificio monumental).

4. En caso de conflicto, las autorizaciones dictadas por los organismos tutelantes del patrimonio histórico prevalecen sobre las licencias municipales

Un singular testimonio que ofrece, a título de ejemplo, la existencia de resoluciones diferentes y presumiblemente enfrentadas en materia de salvaguardia de la perspectiva de una zona histórico-artística, con base en los actos administrativos dictados, por un lado, por la Comunidad Autónoma, y, por otro, por el Ayuntamiento implicado en los hechos, se recoge en la **sentencia de 17 de diciembre de 1991 (Ar. 9843)**. Esta resolución judicial, partiendo de la existencia de una aparente contradicción entre las resoluciones dictadas, se argumenta la legitimidad y legalidad de cada una de ellas al responder al ejercicio de competencias diferentes atribuidas por el ordenamiento jurídico a distintas Administraciones Públicas, sin que ello implique, a primera vista, una prelación de una sobre otra[27].

Frente a este criterio, el principio de primacía de las autorizaciones dictadas por los organismos tutelantes del patrimonio histórico, a nivel de la Comunidad Autónoma, frente a las decisiones municipales ha sido recogido, expresa o tácitamente, en un considerable número de resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo. Basta recordar, a título meramente ejemplificativo, las treinta y cinco sentencias que confirman este postulado según aparece reproducido en la fundamental **sentencia de 3 de octubre de 1986 (Ar. 5287)**, en donde, tras afirmarse la prevalencia de las competencias atribuidas a los organismos protectores del patrimonio cultural sobre las licencias municipales, que quedan condicionadas a las resultas de las autorizaciones

[27] La idea se formula en el Considerando Segundo con el siguiente tenor:

«Que en idéntico sentido el art. 6.º del D. de 22 julio 1958 contempla la efectividad de aquéllas previsiones, bien a través del sucesivo ejercicio compartido de sus respectivas competencias; la del órgano municipal y la de la Dir. Gral. de Bellas Artes, cuando impone al solicitante la necesidad de solicitar previamente autorización de dicha Dirección General, o bien imponiendo a la Administración Local la obligación de condicionar sus licencias a la Concesión de aquélla, lo que equivale a vincular las resoluciones municipales a los Acuerdos o Dictámenes de Bellas Artes, en todos los casos; tanto cuando han sido previamente emitidos, como cuando no habiendo sido se condiciona la validez de la licencia municipal a la posterior aprobación de aquél Organo estatal».

expedidas por aquéllos, enumera los diferentes fallos jurisdiccionales que avalan esta tesis en un amplio periodo centrado entre 1965 a 1984. La clasificación de las sentencias más sobresalientes dictadas con aquél argumento se agrupan entorno a la siguiente compilación jurisprudencial: sentencia de 19 de mayo de 1969 (Ar. 3042), 21 de febrero de 1974 (Ar. 816), 29 de octubre de 1984 (Ar. 4748), 3 de octubre de 1986 (Ar. 5287), 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8898) y 12 de marzo de 1992 (Ar. 1826). El argumento más sobresaliente, ofrecido por la **sentencia de 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8898)** para patrocinar la primacía de las autorizaciones de los organismos competentes en materia de patrimonio histórico sobre las facultades municipales, se apoya en la prioridad y superiores efectos que posee la defensa del derecho social a la cultura sobre cualquier otro tipo de consideraciones [28]. Con este antecedente, la propia resolución judicial mencionada señala que la concurrencia de las competencias municipales con las ostentadas por otros Organismos de la Administración

[28] El Fundamento de Derecho Tercero es sumamente significativo cuando procede a declarar:

«No existen dos resoluciones contradictorias en este caso por cuanto la del Director General de Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que efectivamente procedió a autorizar condicionadamente la colocación de la antena controvertida (resolución de 24 de octubre de 1985), deja claro que se dicta «en lo que es materia de su competencia», ostentándola la Administración autónoma en materia de patrimonio histórico español en virtud de lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio y de las normas de transferencia, pero sin que dicha competencia - plenamente respetada por el ayuntamiento demandado al recabar la intervención de la Administración autónoma - enerve o anule las que en el mismo sector específico atribuye la propia Ley del Patrimonio a los Entes Locales (artículo 7) para adoptar las medidas necesarias para la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal y que, en todo caso, dimanan de la autonomía que la Constitución reconoce a los municipios (art. 140 CE) para la gestión de sus intereses (art. 137 CE), encontrando además reconocimiento legal expreso, en conexión con las competencias municipales en el orden urbanístico, en los artículos 25 d) y e) de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, así como en el artículo 73 apartado b) de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 9 de abril de 1976 y en el artículo 98.2 del Reglamento de Planeamiento, que expresamente disponen que en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas no se permitirá la instalación de elementos que limiten el campo visual, rompan la armonía del paisaje o desfiguren la perspectiva propia del mismo. Por ello hay que entender que el Ayuntamiento no puede conceder la licencia contra la resolución de la Administración con competencia específica sobre el patrimonio (art. 23.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio) pero que tal resolución no vincula en forma absoluta la apreciación municipal en la gestión de los intereses locales. En este caso las dos resoluciones impugnadas son correctas: en la primera se atendió al informe negativo del que había dado traslado la Comunidad Autónoma; en la segunda el Alcalde - a la vista de la impugnación presentada - hizo suyo el criterio de la Comisión de Urbanismo que, en sesión de 14 de noviembre de 1985, consideró que la zona singular de la ciudad en que se había ubicado la antena impedía incluso mantener el vástago que la Administración autónoma había tenido a bien autorizar. Esta última decisión es también ajustada a Derecho en cuanto dictada en forma reflexiva, teniendo a la vista los nuevos datos que resultaban de la no oposición de la Comunidad Autónoma y dentro de las competencias que en la cuestión posee el Ayuntamiento en materia de disciplina urbanística y de protección del patrimonio histórico».

Estatal o Autonómica no ocultan la superioridad de las autorizaciones dictadas por estos últimos frente a las licencias municipales [29].

Completan la compilación jurisprudencial ratificante del principio expuesto, las **sentencias de 19 de mayo de 1969 (Ar. 3042), 21 de febrero de 1974 (Ar. 816), 29 de octubre de 1984 (Ar. 4748),** (que procede a reproducir la argumentación jurídica contenida en la anterior resolución judicial), y, por último, la **de 12 de marzo de 1992 (Ar. 1826)**. Dentro de ellas es relevante el razonamiento plasmado en la **sentencia de 29 de octubre de 1984**, en donde, asumiendo los postulados contenidos en la resolución judicial de 4 de julio de 1970 (Ar. 3313), se justifica el desequilibrio en la valoración entre las autorizaciones dictados por cada Administración Pública interviniente con relación a los inmuebles culturales, atendiendo a la superioridad de la especial legislación protectora del patrimonio histórico [30]. Por

[29] En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia, admitida por el Tribunal Supremo, declara:

«Encontrándose ante un supuesto de licencias concurrentes debe examinarse cuál ha de prevalecer en caso de conflicto, siendo clara y reiterada al respecto la doctrina jurisprudencial entre otras la de 29-10-1984 y 3-10-1986, en el sentido de dar prevalencia a las decisiones de los Organos a quienes está encargada la protección del Patrimonio Histórico-Artístico, ya que sus atribuciones obedecen a la defensa del derecho social a la cultura que obliga a aplicar la legislación protectora de dicho Patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución (debería decir: artículo 46), y les otorga cobertura legal para impedir las obras que pudieran producir daños y perjuicios irreparables aunque hubieran sido autorizadas por la Administración competente en otras materias; de tal manera que las licencias o autorizaciones concedidas por órganos encargados de círculos de interés distinto al de la estricta protección del Patrimonio, no condicionan las decisiones que hayan de tomar los órganos específicos encargados de dicha protección por Ley, y en su consecuencia, no están vinculados por las normas urbanísticas, o de cualquier otra materia, y pueden, separándose de ellas, adoptar e imponer las limitaciones que discrecionalmente estimen necesarias para dicha defensa, así como la posibilidad de ordenar su demolición o reforma; (...)».

[30] En este sentido afirma:

«(...) En segundo término, que a tenor de la doctrina jurisprudencial de este Alto Tribunal, sentada en numerosas sentencias (entre las que se encuentran las de 29-10-1984 y 3-10-1986, que se aluden en la resolución apelada, así como las numerosas que en ésta se citan), en esta materia son concurrentes y no excluyentes entre sí las competencias de los Ayuntamientos, para la concesión de licencias de obras a tenor de los artículos 179 y sus concordantes de la Ley del Suelo y la que ostentan los órganos de la Administración central o autonómica (en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 22-7-1958), en relación con las obras que pretendan modificar edificios inmediatos a un Monumento Histórico-Artístico, y las de nueva construcción en igual emplazamiento, o que alteren el paisaje que lo rodea o su ambiente propio, según lo prevenido en los arts. 3 y 33 de aquella Ley, el art. 25 de su citado Reglamento y el art. 6 del también aludido Decreto de 22-7-1958; ello no obstante, las licencias de las obras concedidas por los Ayuntamientos no pueden tener más alcance que el que deriva de su propia naturaleza y ámbito urbanístico, estando siempre supeditados en estos supuestos especiales a la decisión favorable de los órganos encargados de la protección de dicho Patrimonio, porque sus competencias son prevalentes respecto de las que tiene el Municipio en caso de conflicto, al estar dirigidas las primeras a la defensa del derecho social a la cultura y el interés público superior, reconocidos en el artículo 45 de la Constitución». (debía decir artículo 46).

último, la **sentencia de 12 de marzo de 1992** contiene dos notas relevantes en el análisis de este principio configurado por el Tribunal Supremo: por un lado, parece restringir la aplicabilidad superior de las autorizaciones dictadas por los organismos estatales o autonómicos sólo a aquellos supuestos en que existe peligro de destrucción o daños irreparables sobre los bienes culturales; y por otro lado, previene la posibilidad de que cada una de las resoluciones dictadas por las distintas Administraciones Públicas concurrentes en estos casos pueda ser individualmente impugnada ante los Tribunales de Justicia [31].

5. La intervención previa y condicionante de los organismos estatales o autonómicos, competentes en la protección del patrimonio histórico, no supone una vulneración del principio de autonomía local.

La autonomía local es concebida en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio**, como «*un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación (...) los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de potestades sin las que ninguna acción autónoma es posible*».

Confirman este postulado, lógica consecuencia del respeto al principio constitucionalmente recogido en los artículos 137 y 140 de la Norma Suprema, las **sentencias de 21 de febrero de 1989 (Ar. 1379)** y de **19 de diciembre de 1983 (Ar. 6345)**. La primera de las resoluciones mencionadas reafirma el mantenimiento y la vigencia del principio de autonomía municipal a través de su enunciación y su desarrollo en un supuesto concreto, en el que se pondera el momento

[31] La tesis ofrecida por la Sala enjuiciadora es la siguiente:

«(...) tampoco es admisible la pretensión de que las resoluciones impugnadas violan la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y efectos de las licencias de obras municipales, porque tales licencias concedidas por los Ayuntamientos están siempre supeditadas a que durante el tiempo de construcción, no se incoe el expediente sobre declaración de monumento histórico-artístico o conjunto urbano o cualquier otro a los que se refiere el art. 34 de la Ley comentada, pues entonces, las facultades decisorias de la Dirección General de Bellas Artes son indispensables en defensa del interés público llamado a ser protegido, de cuyo dictamen los Ayuntamientos no podrán apartarse; añadiendo en ese inequívoco afán de definir y delimitar competencias que con la aplicación de los preceptos de la Ley y Reglamento sobre Patrimonio Artístico no vulnera ni la Ley de Régimen Local, ni la llamada del Suelo, ni ninguna otra de ámbito nacional, puesto que en todo momento es de aplicación preferente, por el interés público que representa la defensa del Patrimonio Artístico Nacional».

inicial en que la Administración Estatal comienza a desplegar sus funciones tuitivas sobre el patrimonio cultural, combinando su intervención con el ejercicio de las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a las Entidades Locales, sin que dicha concurrencia suponga una merma de las competencias asignadas a cada una de las Administraciones Públicas intervinientes [32]. La **sentencia de 19 de diciembre de 1983**, (amparándose y basándose en la sentencia de 22 de diciembre de 1969), contiene, a título incidental, la afirmación de que la intervención concurrente en un mismo supuesto de un inmueble cultural de la Administración Estatal o Autonómica, por un lado; y de la Administración Local, por otro, no supone una merma o restricción de las facultades de cada Entidad, sino el ejercicio de unas competencias asignada con carácter expreso por el ordenamiento jurídico. En resumen, la actuación de los organismos encargados de salvaguardar y proteger el patrimonio histórico no debe interpretarse como el ejercicio de un control o tutela sobre las actividades ejercitadas por los Municipios [33].

[32] Ambas conclusiones están especificadas en el Fundamento de Derecho Primero, donde se indica:

«(...) Es claro, que cuando se trata de la concurrencia de diversas competencias, atribuidas por la norma jurídica a distintas Administraciones, en razón a los diferentes ámbitos de las materias a proteger cuando se trata de la construcción de edificios en zonas enclavadas en centros del Patrimonio Histórico-Artístico o, en su zona de «protección especial» o, cuando se trate de edificios singulares merecedores de particular atención, en las que concurre la competencia de los Ayuntamientos en orden a velar por el respeto a sus Planes e intereses urbanísticos, mediante la concesión de las preceptivas licencias municipales de obras, junto a la competencia de los Organismos -sea de la Administración Central, sea de la Administración Autonómica correspondiente-, a los que se les ha atribuido la defensa y protección del mencionado Patrimonio; debe tener carácter prioritario la mayor prevalencia de los intereses en juego, cual son los del Patrimonio Histórico-Artístico en los casos que exista peligro de su desaparición o lesión irreversible. Mas, ello no quiere decir que los actos administrativos producidos por las diferentes Administraciones dentro de sus respectivas competencias, carezcan de sustantividad propia y no puedan ser objeto de impugnación jurisdiccional independiente, aun cuando el prevalente condicione en su validez jurídica al sometido al cumplimiento positivo de aquél. En el hipotético caso de que hubiera sido jurídicamente precisa la previa autorización de la Dirección General de Cultura, Educación y Ciencia, de la Generalidad Valenciana, para la validez y ejecución de la licencia municipal condicionada, otorgada al señor F. M., no cabe duda de que la negativa de la indicada autorización, por dicha Administración Autonómica competente, incidiría en la validez jurídica de la mentada licencia municipal de obras, pero, ello no quiere decir -repetimos-, que se trata de un mismo acto susceptible de una sola impugnación jurisdiccional y que hayan de ser combatidos en un solo recurso».

[33] El Fundamento de Derecho Quinto es sumamente expresivo cuando, señalando las fuentes normativas legitimadoras de la actividad de cada organismo concurrente, declara:

«Por otra parte la mera incoación del expediente encaminado a declarar el «Conjunto Histórico-Artístico» de la Villa de Utrera, al presente cuestionado, no lesiona el principio de autonomía municipal reconocido en la Constitución Española de 1978; pues, -como acertadamente argumenta la sentencia recurrida-, «toda declaración de interés Histórico-Artístico o de Conjunto Histórico-Artístico efectuado por la Administración responde al singular inte-

6. La omisión de la necesaria intervención de los organismos tutelantes del patrimonio histórico no puede ser suplida por la unívoca intervención de los Ayuntamientos, so pena de la nulidad del acto en cuestión.

La preceptiva intervención de la Dirección General de Bellas Artes (a nivel estatal), o del correspondiente órgano autonómico tutelante del patrimonio cultural, en todas aquellas situaciones que afecten a bienes sometidos a su salvaguardia y control, no puede ser suplida y sustituida por la actuación de otras Administraciones Públicas, como las Entidades Locales. En efecto, su posible preterición determina la nulidad del procedimiento desde ese término procesal, debiendo reponerse las actuaciones a ese concreto instante en que debía haber actuado. La **sentencia de 6 de junio de 1969 (Ar. 3264)** analiza la omisión del preceptivo informe a emitir por la Dirección General del ramo, con base en la necesaria distinción que ha de hacerse entre la emisión de un informe y la resolución definitiva del procedimiento administrativo seguido [34].

rés del Estado en conservar la riqueza monumental, los tesoros y reliquias que constituyen la grandeza histórica de nuestra Nación cuya tutela está encomendada a la Dirección General de Bellas Artes para evitar actividades destructivas o que impidan la visión de la grandeza que encierran los conjuntos declarados Histórico-Artísticos por lo que el Decreto que los declara, para responder a los indicados fines deben alcanzar a calles, plazas y edificios que conforman en contorno inmediato que en cierta medida estén integrando el conjunto; pues el hecho de que el Ayuntamiento tenga competencia en el aspecto urbanístico, ornamental, higiénico, etc...», a efectos de la Ley de Régimen Local, en relación con el Reglamento de Servicios y la vigente Ley del Suelo, es lo cierto que, cuando en aquellas funciones privativas de los Ayuntamientos, concurren facetas artísticas, históricas o monumentales, además del ordenamiento jurídico citado, ha de aplicarse también necesariamente la normativa estatal nacida de otro Ordenamiento especial integrado por la Ley de 13 de mayo de 1933, el Reglamento de 16 de abril de 1936 y el Decreto de 22 de julio de 1958, conforme al cual, deben ser conservados y tutelados sin alteración los Conjuntos Histórico-Artísticos y la riqueza de la historia local del municipio de que se trate, cumpliendo que las atribuciones que la mencionada normativa especial otorga a la Dirección General de Bellas Artes aludida;(...)».

[34] En este sentido, el Considerando Séptimo in fine de esta resolución judicial menciona:

«(...) así la legislación protectora del Patrimonio Histórico-Artístico impone como requisito necesario previo la aprobación municipal de todo proyecto a realizar en zona protegida, que el mismo haya sido a su vez aprobado por la Comisión Provincial o en su caso de la Dirección General del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos -art. 6 del D. 22 julio 1958 de Patrimonio Artístico-Histórico y 10 del R. D. 392/1978 de 10 febrero en relación con el art. 2.º a y b del D. 3194/1970 de 22 octubre, 33 y 26 de la Ley de 13 mayo 1933 e Instrucciones de 9 y 11 aprobadas por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 20 noviembre 1964- cuando las obras modifiquen calles o plazas inmediatas a un monumento, con una competencia propia de la Administración Central que aunque concurrente o compartida -como dice la S. de 24 mayo 1973- con la municipal (art. 36 de la Ley de 13 mayo 1933, 73 de la Ley del suelo) que, como ha dicho el Tribunal Supremo, no significa una actividad de tutela o fiscalización sobre la Administración Local sino el ejercicio de funciones privativas -S. 22-XII-1969-; (...).»

RECENSIONES

DERECHOS HUMANOS: LA CONDICIÓN HUMANA EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

POR

EUGENIO TRÍAS, ADELA CORTINA, NICLÁS M. SOSA, MANUEL MACEIRAS, EMILIO GARCÍA GARCÍA, JAVIER BUSTAMANTE Y PILAR LLÁCER.

Coordinador Graciano González Rodríguez-Arnaíz. Editorial Técnos 1999

Recensión hecha por la Prof. Dra. Mercedes Galán Juárez

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

I. LA CONDICIÓN HUMANA

1. Ética y condición humana: reflexiones sobre felicidad y libertad

Nuestra existencia se halla marcada por un límite que establece su propia medida. En esa medida se halla el signo indicador de la condición humana.

La ética se ocupa de la realización de la condición humana a través de la acción. Para Aristóteles el fin de la orientación ética de la acción es la felicidad, mientras que para Kant este fin es la libertad. La gran tarea de la ética consiste en conjugar la felicidad y la libertad.

La naturaleza tiene su propio límite y ese límite es lo que somos. La condición fronteriza es el término medio entre dos extremos: la existencia física o natural y la desproporción o exceso de virtud. Esta frontera permite esclarecer un imperativo: «Obra de tal manera que la máxima que determine tu conducta y tu acción, se ajuste a tu propia condición de habitante de la frontera.»

A esta propuesta se ha de dar libre respuesta (incondicional). Si se produce un ajuste entre la respuesta y la propuesta, de ello se deriva la felicidad, la buena vida. Por el contrario, si se produce una contradicción entre la propuesta y la respuesta se produce la propagación de lo inhumano.

La ética permite orientar la acción hacia esa localización específica en la cual el hombre se realiza como tal. Sólo en ese lugar se puede

alcanzar la buena vida. La felicidad se alcanza en la medida en que ese imperativo alcanza su cumplimiento. La mala vida deriva de no atenerse al justo medio.

2. *Derechos humanos y discurso político*

Los derechos humanos constituyen el fundamento legitimador del Estado de Derecho moderno. El reconocimiento de estos derechos constituye también el fundamento de superación del Estado nacional hacia una república universal que proteja los derechos de todos los seres humanos.

Los derechos humanos no pertenecen al género de los derechos «legales»; son un tipo de derechos «anteriores»; estos derechos no son concedidos por las comunidades políticas, sino que estas comunidades políticas reconocen que los seres humanos ostentan estos derechos. Son exigencias morales y existe el deber de satisfacerlos. Para ello, se han de trascender las fronteras del Estado nacional para llegar a una República Universal.

La experiencia histórica en las acciones comunicativas de los seres humanos nos permite descubrir unas exigencias que, como condiciones de un dialogo social, deben ser satisfechas. Se trata de los derechos pragmáticos. Estos a su vez descubren un tipo de derechos a los que cabría calificar de humanos. Dentro de ellos distinguimos dos tipos:

1. El derecho a la vida, el derecho a participar, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, religiosa, de opinión y libertad de asociación.
2. Derecho a unas condiciones materiales y culturales que permita a los afectados participar en condiciones de igualdad.

El Estado de Derecho moderno nace para arropar los primeros de estos derechos, llamados de «primera generación». La nómina de los llamados derechos humanos va ampliándose gracias sobre todo a los movimientos socialistas, así surgen los «derechos de segunda generación» (económicos, sociales, y culturales). Estos derechos son más bien creados por el propio Estado, mientras que los de «primera generación» son el fundamento del Estado.

Hoy en día es exigencia de Justicia proteger los derechos sociales ya que el Estado está obligado a proteger a la ciudadanía social. Por

lo tanto están obligados a proteger los derechos de «primera» y «segunda» generación.

Se ha ampliado el número de generaciones de derechos:

- Los derechos de «tercera generación». Incluyen el derecho a la paz y a un medio ambiente sano.
- Los derechos de «cuarta generación». Surgen por el avance técnico, o por luchas por el reconocimiento llevadas a cabo por determinados colectivos.

3. *Derechos humanos y ecología*

El debate jurídico sobre el medio ambiente se produce alrededor de a la delimitación del sujeto o del objeto de derechos. Los derechos ecológicos se encuadran dentro de la tercera generación de derechos humanos.

La verdadera amenaza para el medio ambiente es la actividad productiva que sólo pretende obtener la máxima unilateralidad y desintegración de lo natural. Se pretende la mayor cantidad de producción posible sin tener en cuenta todo lo demás. La mentalidad del tecnócrata es irracional. El punto de vista racional será necesariamente un punto de vista global.

Hemos de contemplar al hombre y su medio como en una mutua interacción y entrecruzamiento. Esto supone entender la crisis ecológica como una crisis civilizadora.

El estado actual del medio ambiente responde a necesidades básicas fundamentales y radicales para una vida digna. Este es el fundamento para que la calidad del medio ambiente se considere derecho fundamental integrado en la tabla de los derechos humanos. El valor de referencia para estos derechos sería la solidaridad.

4. *En aras de la dignidad. situación humana y moralidad*

Ni las leyes económicas de la comunidad, ni el modo de pensar la identificación son capaces de superar el rechazo a lo desconocido. Esto es debido al fracaso político de los derechos del hombre. La reivindicación incondicional de la libertad humana y de los derechos que ella implica requiere la posibilidad de asegurar el disfrute efecti-

vo de estos derechos. Para ello es necesario la lucha política a favor de estos derechos.

El sentido de los derechos humanos pasa por la moralidad del encuentro en el que el yo, se descubre como ser moral, «subjetividad precedida por los otros, como una dignidad que necesita de los demás para ser denominada dignidad humana. Los derechos del hombre serán del hombre, cuando sean, de verdad derechos del otro hombre.

II. Sociedad tecnológica y derechos humanos

5. *Tecnociencia y política de derechos humanos*

Hoy ciencia y técnica se desarrollan en mutua dependencia, de tal modo que no resulta fácil establecer fronteras entre ellas. Cuanto más novedosas son las tecnologías, mayores son sus consecuencias prácticas. De ahí sus inmensas repercusiones morales. La ciencia se proyecta sobre la naturaleza para dominarla y poder con ello contribuir a que el hombre alcance con más facilidad sus fines. La reflexión antropológica y humanista debe establecer el ámbito de la investigación científica y fijar los criterios de su validez moral teniendo en cuenta su contribución a los fines humanos.

Una de las principales características de la tecnociencia es la autonomía, de la que se derivan la imprevisión, irreversibilidad e impersonalidad. La imprevisión se debe a que el científico formula hipótesis, pero no sabe hasta dónde van a poder llegar. La irreversibilidad se produce por la introducción de poderes con repercusiones imprevisibles; y por último la impersonalidad se debe a que la tecnociencia es obra de S.A y complejos industriales.

Nos hemos de preguntar qué nos depara el futuro en este campo, como por ejemplo el ciborg, ¿cuál será la edad media dentro de 300 años?, avances biosanitarios...; para controlar estas situaciones futuras no sólo es necesaria la responsabilidad individual. De esta forma entraríamos en el campo de las exigencias políticas.

Los hombres de hoy hemos de controlar la tecnociencia para que el hombre del porvenir no pierda aquello que define su naturaleza. Se ha de evitar la tentación de entregar la tecnociencia a una minoría «ilustrada» de tecnócratas, científicos o estrictamente políticos.

6. *Derechos humanos y calidad de vida*

En el desarrollo de los derechos humanos distinguimos tres etapas:

- Derechos de primera generación, que son los derechos de la libertad, comprendiendo los derechos individuales, civiles y políticos.
- Derechos de segunda generación, derechos de la igualdad; en estos derechos se exige la intervención del Estado (bienes sociales básicos, educación, salud, trabajo, protección social...).
- Derechos de tercera generación, son los llamados derechos de la solidaridad, propios del constitucionalismo liberal. Son los derechos pertenecientes a determinados colectivos, a la protección del medio ambiente, el respeto al patrimonio cultural...

El problema grave de los derechos humanos no es el de fundamentarlos sino el de protegerlos. La garantía de conquista y defensa de los derechos humanos está en su institucionalización jurídica, que asegure y conserve lo conquistado.

7. *Derechos humanos en el ciberespacio*

En el nuevo entorno de la información encontramos nuevos canales como Internet. Esta es la estructura social más democrática y participativa que las nuevas tecnologías de la comunicación hayan traído al mundo. Internet se presenta como un mosaico de oportunidades y riesgos para la ética civil y para los derechos humanos. Plantea un problema, la inmaterialidad de los ataques.

El 2 de noviembre de 1997 Robert B.Gelman redactó una propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio, basada en los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Los fundamentos de esta declaración son los siguientes: en primer lugar las nuevas autopistas de la información son un camino abierto para la potencial mejora de la condición humana, para la libertad, la justicia, la igualdad, y paz mundial. En segundo lugar la transición de una sociedad basada en la propiedad y la fuerza de los bienes de consumo a otra basada en la información crea nuevas estructuras de poder. En tercer lugar, ha habido intentos de varios gobiernos para afirmar su autoridad y valo-

res en este espacio no regulado y no localizado. El cuarto fundamento es que los derechos humanos se deben extender para incluir el acceso a la educación. Por último, es vital promover la difusión de la información.

8. *Internet y derechos humanos: la libertad de expresión en el ciberespacio*

Internet se trata de un entorno virtual creado por ordenadores conectados entre sí. Es la estructura social más democrática y participativa que existe en la actualidad. No hay un marco legal para Internet, tampoco un gobierno o una autoridad que decida lo que es correcto o no en Internet. Las normas jurídicas que se apliquen a Internet han de basarse en el reconocimiento de las reglas principales que han nacido espontáneamente de esta comunicación global de individuos.

Se ha producido el nacimiento de una nueva sociedad para la que necesitamos una ética que redefina los conceptos fundamentales del Derecho. Es en Internet donde el individuo puede recuperar una responsabilidad y autonomía a la hora de expresar sus opiniones y acceder a la información. Los contenidos que se consideran ilegales fuera de la red tienen que ser igualmente ilegales en el ciberespacio, el problema es que no hay un acuerdo universal acerca de los contenidos ilegales. Respecto a los contenidos dañosos o «inadecuados» tiene que ser el ciudadano quien ejerza la guía sobre sí mismo.

nes en este espacio no regulado y no localizado. El cuarto fundamento es que los derechos humanos se deben extender para incluir el acceso a la educación. Por último, es vital promover la difusión de la información.

X. *Internet y derechos humanos: la libertad de expresión en el ciberespacio*

Internet se trata de un espacio virtual creado por ordenadores conectados entre sí. Es la estructura social más democrática y participativa que existe en la actualidad. No hay un marco legal para Internet, tampoco un gobierno o una autoridad que decida lo que es correcto o no en Internet. Las normas jurídicas que se apliquen a Internet han de basarse en el reconocimiento de las reglas principales que han nacido espontaneamente de esta comunicación global de individuos.

Se ha producido el nacimiento de una nueva sociedad para la que necesitamos una ética que redefina los conceptos fundamentales del Derecho. Es en Internet donde el individuo puede recuperar una responsabilidad y autonomía a la hora de expresar sus opiniones y acceder a la información. Los contenidos que se consideran ilegales fuera de la red deben que ser igualmente ilegales en el ciberespacio, el problema es que no hay un acuerdo universal acerca de los contenidos ilegales. Respecto a los contenidos dañinos o inadecuados tiene que ser el ciudadano quien ejerza la guía sobre el mismo.