

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Quienes deseen publicar estudios, reseñas normativas, comentarios y notas, pueden enviar trabajos a la Secretaría General de la Consejería de Administraciones Públicas. Avda. de Portugal s/nº. 45071-Toledo.

2. Los originales en papel a doble espacio y por una sola cara, en tipo de letra arial o similar y cuerpo 9, no deberían exceder de treinta y cinco páginas. Deben ir acompañados de diskette o ser remitidos simultáneamente en soporte informático al e-mail: diario.oficial@jccm.es.

3. La revista se reserva el derecho de decidir sobre la publicación o no de los originales remitidos, sin que necesariamente mantenga correspondencia sobre ellos.

4. El artículo deberá ir acompañado de un curriculum vitae de su autor, en el cual también consten sus datos personales: dirección, NIF, teléfono y, en su caso, correo electrónico.

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

Venta:

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS

San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303

Fax 91 3272367 - 28037 MADRID

e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278

Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO

Consulta últimos números publicados: <http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm>

e-mail: diario.oficial@jccm.es

✓ ✓ ✓ ✓

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

SUMARIO:**ESTUDIOS**

LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL. LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO Y LAS PRESTACIONES POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD, ESPECIALMENTE REFERIDAS AL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL (y II). <i>Julián Blasco Sáiz</i>	9
REALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (I), <i>Miguel Beltrán de Felipe</i>	57
EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL EN LA NUEVA DIRECTIVA 2004/35/CEE. <i>Ignacio Felpeto Santero</i>	107
CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA NORMATIVA DE LICENCIAS COMERCIALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. <i>Tomás Ivorra Ardite</i>	125
OBJETO Y LÍMITES DEL ARBITRAJE DE CONSUMO. <i>Manuel Jesús Marín López</i>	173
LA LEGITIMACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES LABORALES DE MÉXICO Y ESPAÑA). <i>Jesús Rodríguez Cebberos</i>	193
APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO VITIVINÍCOLA ESPAÑOL: ALGUNOS ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DE LA LEY 24/2003, DE 10 DE JULIO, DE LA VIÑA Y DEL VINO. <i>Ángel Sánchez Hernández</i>	237

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (De 1 de enero a 30 de junio de 2005). <i>María Martín Sánchez</i>	273
---	-----

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE DECLARACIÓN DE VOLUNTADES ANTICIPADAS EN MATERIA DE LA PROPIA SALUD	291
--	-----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. <i>Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia M^a Luchena Mozo, M^a Prado Montoya López, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios</i>	315
--	-----

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

COMENTARIO AL LIBRO DE MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros, Tomos I y II (Anexo documental), Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004. <i>José Ramón García Vicente</i>	403
VI EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA JURISTAS IBEROAMERICANOS. <i>Toledo, 9 a 26 de enero de 2006</i>	415

ESTUDIOS

LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL. Las prestaciones de desempleo y las prestaciones por enfermedad y maternidad, especialmente referidas al sistema español de Seguridad Social.

SEGUNDA PARTE

Julián Blasco Sáiz

*Licenciado en Derecho, Subinspector de Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

INDICE

INTRODUCCIÓN

LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. COORDINACIÓN, ARMONIZACIÓN Y CONVERGENCIA

1. Competencias en materia de Seguridad Social de la Unión Europea

2. Alcance y principios de la coordinación comunitaria

2.1.- Alcance de la coordinación

2.2. Principios de la coordinación comunitaria

CAPITULO I

PRESTACIONES POR DESEMPLEO

1.- Introducción

2.- Coordinación comunitaria

2.1.- El artículo 208.5 de la Ley General de la Seguridad Social

2.2.- El artículo 215.1.1,c) de la Ley General de la Seguridad Social

2.3.- El artículo 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social

3.- Exportación de prestaciones

4.- Excepciones a la regla del Estado competente

CAPÍTULO II

PRESTACIONES POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD

1. Principio de universalidad de protección

2. Trabajadores, (arts. 19 al 24 del Rgto. 1408/71)

2.1.- Trabajadores fronterizos

2.2.- Estancia o traslado de residencia al Estado competente

2.3.- estancia fuera del Estado competente o regreso o traslado de residencia fuera - y la necesidad de desplazarse "ex profeso"-

3.- Desempleados, (arts. 25 y 25 bis del Rgto. 1408/71)

4.- Titulares de pensiones o rentas. (arts. 27 a 34 del Rgto. 1408/71)

4.1.- Solicitantes de pensiones o rentas

4.2.- Titulares de pensiones o rentas

CONCLUSIONES

SEGUNDA PARTE:

CAPÍTULO II

PRESTACIONES POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD.

1. Principio de universalidad de protección:

Las normas comunitarias en la materia son, como ya se ha dicho reiteradamente, normas de coordinación, no tratan de suplir ningún sistema nacional de Seguridad Social sino de coordinarlos, de evitar las posibles deficiencias que estos puedan tener al regular y proteger situaciones “extranacionales”. Normalmente los sistemas nacionales de Seguridad Social suelen proteger a sus propios nacionales; preferentemente desde que la Seguridad Social pasó a ser una institución pública, un servicio público y se superaron las antiguas concepciones “iusprivatistas” de los Seguros Sociales, “provoca la inmediata penetración de las instituciones protectoras por pautas jurídico-políticas de alcance nacionalista y territorialista”, en palabras de Gonzalo González Bernardo que, a su vez, recoge una relación de causas –jurídicas, demográficas, financieras y políticas – a las que se refiere Netter que siempre han animado a los legisladores a limitar la protección social de los extranjeros ¹. Solo excepcionalmente se protege a los nacionales que se encuentran fuera de su territorio (art. 7.4 del Real Decreto Legislativo 1/94, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social “ El Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social a favor de los españoles no residentes...”), es el principio de territorialidad que para algunas prestaciones resulta por pura lógica: prestaciones técnicas.²

Es por el principio de igualdad de trato internacionalmente aceptado y por exigencia de estos textos donde se recoge, que la protección

social se ha ido extendiendo a los extranjeros. El artículo 7º del Real Decreto Legislativo 1/94, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social tras la referida reforma de la Ley 13/96 es un ejemplo de ello y en su número primero no recogía para nada a los extranjeros y se remitía en su número cinco al tradicional trato de favor a los hispanoamericanos y similares y a los Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales. Por tanto el principio no regía en España sino era (limitadamente) en virtud de esos textos internacionales. Ahora los recoge y establece: “ 1.Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, ...los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...” y pensamos que esa es la causa real de la reforma y no las que recoge el propio autor Bernardo Gonzalo González en el estudio antes dicho, por muchos motivos, pero, sobre todo, por la propia falta de resultados que la reforma tiene en pos de sus razones, como él mismo reconoce³.

Ahora la Ley General de la Seguridad Social se remite a los Acuerdos y Tratados internacionales pero solo respecto de las prestaciones no contributivas (nº 3), como por otra parte no podía ser menos, al referirse ésta como beneficiarios a los españoles residentes. Aunque no lo hubiera recogido, también había que haberlos (Tratados, Convenios y demás textos internacionales) tenido presente, como lógicamente hay que tenerlos presentes para el resto de prestaciones. La situación comunitaria es una de esas situaciones internacionales; la adhesión de España a la Comunidades Europeas implica el respeto y el cumplimiento de los Tratados así como todo su derecho derivado (acervo comunitario), con lo especial que tiene, desde luego, esta situación que no es un Acuerdo internacional más en materia de Seguridad Social, sino que es algo más amplio y más perfecto, es una Comunidad supranacional integrada política, económica, social, cultural... y solidariamente. Se da el establecimiento de ese principio de igualdad de trato a nivel comunitario o se da, desde otra vertiente, el establecimiento del mercado interior, la creación de nuevos derechos (libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, los derechos implícitos a éstos...) y donde la Seguridad Social y sus tendencias protectoras nacionalistas, y aún territorialistas, no deben ser un obstáculo para esos principios y fines.

La normativa comunitaria, por tanto, en esta materia de la protección por enfermedad y maternidad, así como en las prestaciones por desempleo, ha regulado determinadas situaciones donde se da el elemento de extranjería a nivel comunitario territorialmente hablando, si bien en la mayoría de los casos también espiritualmente –nacionalidad- hablando: regula la situación de los trabajadores que prestan servicios o realizan actividades en distinto Estado del que viven, trabajadores que se encuentra circunstancialmente en un Estado miembro distinto del que viven o del que trabajan, regula la situación de los trabajadores fronterizos, regula las diferentes situaciones que también se han dispuesto comunitariamente para beneficiarios de otras prestaciones (desempleados, jubilados...) y regula el cambio de residencia una vez que se percibe la prestación (exportación de las prestaciones).

A nivel territorial la regulación presenta excepciones, pero más importantes consideramos las referidas a la nacionalidad.

Respecto al concepto de nacionalidad a nivel comunitario hay que referirnos a los criterios sentados ya en algunas sentencias del TJCE donde se decía que la atribución y pérdida de la nacionalidad es una competencia exclusiva de los Estados miembros si bien deben respetarse las normas comunitarias, y “no corresponde a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado”: sentencia importante al efecto en la que precisamente es el Estado español parte, asunto C-369/90 , Micheletti de 7 de julio de 1992. Rec 1992, pag.I-4239.

La normativa comunitaria de coordinación afecta principalmente a los nacionales de los Estados miembros, así se recoge en el artículo 2º del Reglamento 1408/71, excepcionalmente a personas de nacionalidad extracomunitaria que se recogen también en ese mismo artículo (familiares y trabajadores ex-comunitarios y también por efecto de los Acuerdos de Cooperación o Asociación que tiene firmados la Unión Europea (el Convenio de Lomé – América, Caribe y Pacífico-, Acuerdos de cooperación con los países mediterráneos del norte de África – Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Líbano...-, Acuerdo de asociación con Turquía, el Acuerdo CEE-Yugoslavia de 14 de febrero de 1983 que estuvo en sus-

penso bastante tiempo desde 1991 por la guerra de los Balcanes...). Incluso por efecto de convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros con terceros países también se llegan a ver afectados nacionales no comunitarios en virtud de recientes interpretaciones del art. 6º del Reglamento 1408/71.

De todas maneras, decimos que son regulaciones de coordinación empleando el término convencionalmente aceptado al efecto y queriendo decir que los sistemas nacionales se mantienen, pero se mantienen, digamos, en su conjunto, en su estructura, en su organización. Pero toda esta normativa comunitaria modifica y deroga sustancialmente (aunque parcialmente) el sistema en la medida precisa para integrarlo con los demás Estados al concepto de nacionalidad a nivel comunitario hay que referirnos a los criterios sentados ya miembros creando con todos ellos - junto con varios derechos autónomos que crea también, que veremos- una suerte de sistema común de la Seguridad Social europea.

Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, el art. 19 del Reglamento comunitario 1408/71 establece que el trabajador que resida en distinto Estado miembro del de trabajo disfrutará de las prestaciones por enfermedad y maternidad en ese Estado (a cargo del Estado de empleo y las prestaciones en especie, las propias del Estado de residencia). En lo que afecta al sistema español, modifica el art. 7ª de la Ley General de la Seguridad Social que decíamos.

Partimos para el estudio de esta materia de la regulación contenida en el Capítulo Primero " Enfermedad y Maternidad" del Título III "Disposiciones particulares , arts. 18 al 36 del Reglamento CEE 1408/71 de 14 de junio. Regulación extensa y complicada que, incluso, lleva aparejada un buen número de artículos de desarrollo en el Reglamento CEE 547/72 de 21 de Marzo, arts.16 al 35, amen de alguna regulación específica para algún Estado miembro en los Anexos. Respecto de las prestaciones por desempleo el mismo Título, Capítulo VI y arts. 67 al 71 del Reglamento comunitario.

Visto esto, la primera idea que surge en su estudio es que esta regulación debe ser seguramente susceptible de simplificarse. Pensamos que

mal casa, en principio, esta sinuosa regulación precisamente en una prestación (asistencia sanitaria) en la que predomina y se va extendiendo cada vez más el principio de universalidad de protección. Se entiende que la protección de la salud es un derecho relacionado directamente con la dignidad de la persona y no con criterios de nacionalidad, de realización o no de trabajo, con disposición de medios económicos.... Pero debemos precisar el significado del principio de universalidad de protección que es un principio relacionado con el campo de aplicación de los sistemas de Seguridad Social y por extensión sobre el hecho causante (requisitos legales concretos para ostentar el derecho a la prestación) : se entiende que los ciudadanos, y aún los no ciudadanos tienen derecho a exigir de su Estado o del Estado donde residen (en pos de su integración y en base al principio de igualdad de trato internacionalmente aceptado, en cuanto a los extranjeros) una determinada protección por el mero hecho de ser residentes.

Determinada protección alude objetivamente a estado de necesidad, alude al art. 41 de nuestra Constitución del 78 "...asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...", y no solo las situaciones o estados de necesidad presuntos que por imperativo del Convenio 102 de la OIT, ratificado por España por Instrumento de 17.5.1988 – BOE. 6.10.1988 -, (asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez...) sino los verdaderos y reales estados de necesidad.

Precisamente, por esto último dicho, ya apreciamos que no es la mejor regulación la del Reglamento 1408/71 que une las prestaciones en especie y las prestaciones en metálico que se derivan de la contingencia enfermedad y la "pareja" o "asimilada" de maternidad. Efectivamente el propio principio de universalidad de protección que rige o debe regir la prestación de asistencia sanitaria hace que deban separarse ambas regulaciones. A su vez, también por esto podemos decir que tampoco la regulación del Reglamento donde se distinguen diferentes grupos de sujetos protegidos (trabajadores desempleados, titulares de pensiones, solicitantes de pensiones, familiares...) es la más acorde con dicho principio.

En definitiva, la regulación de esta prestación, tanto por lo compleja que es como por haberse visto totalmente superada por el principio de

universalidad, cada vez más vigente aquí, será de las más necesitadas de modificación en la normativa comunitaria.

Este principio se ha ido instalando en las normativas nacionales como la española y así con la Ley 26/1990 de 20 de diciembre, que luego se incorpora a la Ley General de la Seguridad Social con el texto refundido R.D-Legislativo 1/94, y la Ley 14/86 de 25 de Abril, General de Sanidad se incorporan como sujetos protegidos genéricamente “ los españoles”; el art. 7.3 del texto refundido - e independientemente de lo establecido en el art. 7.5 - establece como sujetos protegidos de las prestaciones precisamente no contributivas *los españoles residentes en territorio nacional* y el art. 1.2 de la Ley 14/86 establece como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos *los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio español*. No ha sido menos, por ejemplo, en la normativa francesa con la reciente Ley 99-641 que establece la *couverture maladie universal* ⁴; y ahora precisaría analizarse cómo se entenderá esto en relación con la normativa comunitaria. Cabe adelantar ya que estamos ante una prestación de Seguridad Social (asistencia sanitaria), no ante asistencia social, y esto resulta claro en la propia normativa española.

Llegados a este punto podríamos preguntarnos cómo afecta o cómo entiende la regulación comunitaria este principio de universalidad de protección. Comunitariamente se podría implantar este principio, el art. 42 del Tratado C.E. en principio daría cobertura legal para ello, pero la verdad es que este principio es esencial en los sistemas de Seguridad Social, implica una concepción del propio sistema, una opción política, luego adoptarlo comúnmente y genéricamente en una comunidad europea de diferentes sistemas políticos (de tan diferentes, sino sistemas, si niveles económicos) y de tan diferentes sistemas de Seguridad Social resultaría una tarea harto difícil, aunque fuera parcialmente para determinadas prestaciones, como sería la que nos ocupa, la asistencia sanitaria “la prestación que más naturalmente parece exigirlo”, como dice M. Ramón Alarcón Caracuel. ⁵

Implantarlo a nivel comunitario, desde luego sería armonizar y ello implicaría ya a priori dos tipos de problemas: primero, problema de acuer-

dos en el procedimiento de adopción del acto, sino de competencia (seguramente se exigiría unanimidad porque tal decisión excede, desde luego, la propia decisión en materia de Seguridad Social por motivos de libre circulación); segundo, precisamente por lo anterior, dicha decisión no puede adoptarse en un acto como el Reglamento comunitario 1508/71 que es una normativa de coordinación y no afecta a las situaciones internas (adoptarlo aquí podría suponer violación del principio de igualdad trato respecto de los supuestos internos en los Estados miembros que no tuvieran adoptado dicho principio al disfrutar entonces de peores condiciones.⁶

Vistos algunos preceptos del Reglamento 1408/71 como el art.19 en el nº 2 último párrafo, o el art. 28 bis, se puede desprender que la regulación comunitaria no aplica el principio de universalidad, ni aún cuando está previsto en el Estado miembro en cuestión, al contrario, aplica el principio profesional (véase dichos artículos), y, por tanto, no serán de por sí todos los ciudadanos (en este caso, europeos y asimilados) residentes los beneficiarios. Por eso empiezan aquí muchos artículos con un requisito o presupuesto que ya fue objeto de discusión y estudio en los comienzos: “trabajador ... que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones...” (art. 19.1, art. 22.1, art. 25.1... del Regalement 1408/71).⁷

Y, efectivamente el Tribunal de Justicia (TJCE) entendió que este requisito o presupuesto quería significar el círculo de personas a las que se permite beneficiarse de las prestaciones sobre la base de la legislación nacional aplicable, luego cada legislación sus propios requisitos.

Si se implantara el principio de universalidad desde luego sería una medida eficaz para simplificar la regulación de la protección de esta prestación a nivel comunitario, ya no se precisarían requisitos o presupuestos como el indicado, ni muchas normas de conflicto que complican el sistema a nivel europeo, si acaso sería necesario regular o mantener algunos supuestos que no quedarían cubiertos como sería el caso de los supuestos de estancia del art. 21 y 22 del Reglamento, o los supuestos de las letras b) y c) del mismo art. 22 nº1 (traslado “ex profeso” para recibir asistencia sanitaria o empezar a recibirla en un Estado y traslado al de residencia).

Y es que, las propias características de esta prestación, su inmediatez, hace que, a menos que se utilice el principio con carácter absoluto (ciudadano de la Unión residente) y no con carácter relativo, como decíamos, no deja de tener importantes lagunas: el lugar de estancia es importante aquí también, más aún en regulaciones con un principio de universalidad de protección tan amplio como veíamos en la regulación francesa o española. ¿Cómo se produciría la coordinación en estos casos, qué ley(Estado) asumiría la prestación, la del Estado de estancia o la que indique el correspondiente artículo del Reglamento?. ¿Hasta qué punto son determinantes haber cumplido los formalismos que exige aquí el Reglamento para que corresponda a una u otra legislación (Estado) la obligación de asumir la prestación?. En cualquier caso, parece que aquí no habría gran problema por que lo que se produce, en su caso, es un conflicto “positivo” de competencia, peor sería si fuera “negativo”, aunque de ello ya hablaremos.

Concluimos simplemente que el Reglamento comunitario no acoge aquí el principio universal de protección sino el principio profesional como, por otra parte, tampoco es de extrañar. El Reglamento comunitario es un cúmulo de acuerdos y transacciones entre los Estados y más aún en una prestación como la asistencia sanitaria de tan ingentes recursos económicos que precisa y en progresivo aumento. A falta por tanto de una decisión más contundente al respecto a nivel comunitario (protección de la salud como un derecho relacionado directamente con la dignidad de la persona, con posible inclusión de los trabajadores extracomunitarios), podemos decir que la cada vez más extensa aplicación del principio de universalidad de protección en los sistemas nacionales, al menos actúa como un nivel de protección subsidiario cuando la coordinación comunitaria no recoja el supuesto o falle algún requisito.

Podríamos preguntarnos también, llegado a este punto, si existe en la regulación comunitaria de esta materia el cauce para poder aplicar este principio de universalidad de protección, y posiblemente lo haya. Como posibilidad el art. 17 del Reglamento 574/72 de 21 de marzo (Rgto de ejecución del 1408/71) que prevé normas de aplicación del art. 19 de este último, establece en su nº 9 que dos o varios Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrían convenir, previo dictamen de la

Comisión Administrativa, otras modalidades de aplicación. Luego como posibilidad existe que dos o más Estados pudieran acordarlo, y además es una posibilidad que se puede dar en más supuestos porque los restantes artículos de aplicación (del Rgto. 574/72) en la materia se remiten a este número del art. 17. La verdad, dicho sea de paso, que el procedimiento que regula el art. 17 del Rgto. 574/72 no parece nada fácil de aplicar y hay hasta un posible trámite con oposición de un Estado a las prestaciones a conceder por el otro (nº 7).

Veamos ahora la normativa comunitaria de la prestación que distingue, decíamos, cuatro tipos de sujetos donde se da el elemento de extranjería, aunque, a su vez, estos pueden encontrarse en otros tantos supuestos (trabajadores fronterizos, estancia del trabajador en el Estado competente, traslado de residencia al Estado competente, estancia fuera del Estado competente)⁸ que dan lugar a un entramado no fácil de asimilar y que se termina por complicar cuando se trata de conceder las prestaciones a los miembros de la familia que, a su vez, pueden no residir con el titular de la prestación de quien ésta le deriva.

Es tal el entramado que, por ejemplo, ya en el primer artículo de la regulación de los supuestos, el 19 del Reglamento, se pueden distinguir hasta seis reglas de conflicto de leyes. Parte, sin embargo, la normativa comunitaria de dos principios básicos:

- primero, como no podía ser de otra forma, las prestaciones en especie se prestan por el Estado de estancia o residencia (según donde se encuentre el beneficiario, cuando no esté en el competente, e independientemente de que corran o deban correr a cargo de éste.⁹
 - segundo, como regla general es, sin embargo, el Estado competente el que paga las prestaciones económicas.
- Podemos reseñar aún otro principio básico que es el general comunitario en materia de Seguridad Social de la regla de totalización de periodos de seguro, de empleo o residencia aplicado a estas prestaciones, muy importante para cumplir el requisito previo que decíamos de “satisfacer las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente...”. Art.18 Reglamento: la institución competente

debe tener en cuenta, si fuera necesario para conceder, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones, los periodos de seguro, empleo o residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier Estado miembro.

2.- Trabajadores, (arts. 19 al 24 del Rgto. 1408/71).

Se entiende que esta regulación es el derecho común en la materia y, por tanto, con posible aplicación a los otros sujetos, así por ejemplo, la ya varias veces repetida sentencia del TJCE del asunto 117/77 (Pierik) dictaminó, en contra de la Comisión de la C.E., que el art. 22.1 c) del Rgto. 1408/72 se aplica también a los titulares de pensiones, al fin y al cabo, estos en cierta forma también son trabajadores (en paro unos, no activos o jubilados ...).

En el caso de trabajadores que residan en Estado miembro distinto del competente percibirá por enfermedad o maternidad las prestaciones en especie que conceda el Estado de residencia, y a cargo del competente, y las prestaciones económicas del Estado competente y a su cargo. Se prevé, en este último caso, un posible acuerdo entre Estados (o instituciones de cada Estado) para ser también servidas por la institución de residencia y por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de ésta.

Se perciben estas prestaciones, como decíamos al principio, si se cumple, lógicamente, el requisito o presupuesto previo de satisfacer las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho. Por ello, cuando la norma dice que se perciben las prestaciones en especie servidas... por la institución del lugar de residencia “según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado...”, se aprecia que la prestación se regula, a su vez, por dos legislaciones nacionales sucesivas, adquirido el derecho la prestación se percibe entonces “como si” fuera un “afiliado” más (principio de igualdad) de la legislación del lugar de residencia.

Abarca incluso esta última legislación a la consideración de familiares, según dispone el art.1º letra f) del Reglamento, aunque esto podría

ser más discutible. Se podría hacer un estudio comparativo para ver a este respecto qué legislación es la más generosa en tema de familiares y por tanto allí sería más beneficioso ser residente.

A propósito de los familiares, podemos decir que tienen una redacción –sino una regulación– complicada: en principio rigen iguales reglas que para el titular con una excepción (que tengan derecho a prestaciones en el Estado de residencia), una excepción a la excepción (si se tiene derecho en este Estado a las prestaciones en especie por no exigirse en él condiciones de empleo o de seguro) y, a su vez, ésta con otra excepción (si el cónyuge o la persona que tenga la custodia ejerce una actividad profesional en el Estado de residencia).

Excepciones a las excepciones que complican la regla que en realidad es que se perciben las prestaciones por y del Estado de residencia, si se tiene derecho.

Regulación complicada a la que hay que hacer varias consideraciones:

La antes dicha, y quizá discutida, respecto a la legislación de consideración de familiar.

los familiares también percibirán las prestaciones en el Estado de residencia (distinto del Estado competente); no dice aquí nada el artículo si coincidente o no con el del titular familiar, las propias normativas nacionales exigen esa convivencia, al menos la española (art. 2º del Decreto 2766/67 de 16 de noviembre, Reglamento sobre prestaciones de asistencia sanitaria y Ordenación de los servicios médicos en el Régimen General) por lo que se perdería el derecho si no se diera. Ahora bien, la propia normativa nacional considera el requisito con flexibilidad – prevé excepciones- y se considera más importante el otro requisito de estar a cargo o vivir a sus expensas (ver el art. 100. 1. c) del R.D.Legislativo 2064/74 de 30 de mayo, antigua Ley General de la Seguridad Social todavía vigente en esta materia). Con más razón habrá que entenderlo así cuando se trate de una situación comunitaria (ejercicio de libre circulación de trabajadores, estudiantes...). No podía la normativa comunitaria no

tener en cuenta esos miembros de la familia (hijos y otros) que quedan en su país cuando el cabeza de familia emigra a otro país en busca de trabajo. Por ello el Reglamento 1408/72 así lo recoge en la definición en el art. 1º letra f) y concretamente en la regulación de algún supuesto en el artículo 21.2, el art. 22.3..., como veremos.¹⁰

¿Cuáles son las prestaciones económicas de estos familiares?, al menos nuestra legislación nacional no prevé casi ninguna, reconoce alguna el art.108 del R.D.Legislativo 2064/74 (por prótesis dentarias y las especiales) que, además, podrían presentar algún problema en cuanto que fueran propiamente prestaciones de Seguridad Social estricto sensu. Otras legislaciones quizás prevean más, pero merece destacar aquí la prestación alemana que fue objeto de discusión en la reciente sentencia del TJCE del caso Molenaar ¹¹ donde al calificar el Tribunal aquella como prestación en metálico por enfermedad supuso un gran cambio de régimen respecto de lo que pretendía la institución alemana (no exportabilidad).

Difícil comprensión tiene la protección de los familiares en las normas comunitarias de coordinación. ¿Cómo se entenderá el art.19. 2 en relación con los arts. 21. 2 o 22. 3 del Reglamento 1408/71?

Tres supuestos especiales se regulan aquí respecto a los trabajadores, alguno, como decíamos, de posible aplicación común (ejemplo art. 22): trabajadores fronterizos, estancia o traslado de residencia al Estado competente y al revés (estancia o traslado de residencia a otro Estado miembro distinto del competente).

2.1- Trabajadores fronterizos:

Estos son una variante del supuesto anterior (art. 19), o mejor, un supuesto mixto entre ese supuesto y los que recoge el artículo siguiente, artículo 21, estancia en el Estado competente.

Estos trabajadores, debido a sus peculiaridades, se consideraron en esta materia, como en otras, que debían tener una consideración especial. Se consideró que el trabajador fronterizo debía poder obtener igualmente las prestaciones en el Estado competente (derecho de opción); aquí

seguramente la residencia en otro Estado no sería impedimento para prestar ciertas prestaciones, las técnicas. Tiene, por tanto, el art. 20 del Rgto 1408/71 que los regula una redacción semejante al primer apartado del art. 21 salvo el inciso final, “incluso aunque haya disfrutado ya de prestaciones...”. Lógico, porque parece que a estos trabajadores fronterizos se les da un derecho de opción estrictu sensu, y no se les otorga este beneficio que parece que se quiere otorgar en este inciso (veremos la interpretación).

La regulación de los miembros de la familia también aquí es especial, se quiere dar el mismo tratamiento que a los titulares si bien con una condición, acuerdo entre los Estados interesados o entre las autoridades competentes de esos Estados, o autorización previa de la institución competente. Más bien entonces será la excepción, aquí los familiares seguirán el tratamiento general (común) del art.19 del Rgto. No así el tratamiento común del art. 21 del Rgto, (vienen excluidos expresamente en el nº 3 junto con el trabajador titular) aunque parcialmente es la misma regla: prestaciones servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación de ese Estado, en caso de urgencia (esto viene a regular el art. 21 como supuesto análogo al art.22.1.a) del Rgto.); se distingue también por el inciso final que decíamos antes – “incluso aunque haya disfrutado ya de prestaciones”- y porque aquí no se distingue entre familiares que vivan en Estado distinto del titular, porque aquí, lógicamente, lo normal será que vivan juntos.

Lógica resulta pues la exclusión respecto del titular porque tiene la regla plena (no condicional, derecho de opción) en este mismo art. 20 del Rgto.. No tan lógica respecto a los familiares porque la regla no es plena, aunque en el propio art. 20 viene recogida la regla, como hemos dicho, y parcialmente idéntica.

2.2-. Estancia o traslado de residencia al Estado competente:

El trabajador percibirá las prestaciones por enfermedad o maternidad del Estado competente como si residiera en el mismo, con un añadido que hace aún la norma, “aunque haya disfrutado ya de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o de maternidad antes de su estancia (o

antes del traslado de su residencia)”. No se entiende bien el significado del inciso. Puede dar lugar a un supuesto de acumulación de prestaciones, dice el autor Sean Van Raepenbusch,¹² pero parece que no se trate de ello, al menos en las prestaciones en especie (asistencia sanitaria y otras) que no se pueden acumular; se perciben “una vez” cuando se está enfermo, cuando se necesitan, luego la que se perciba en el Estado competente será una nueva situación de enfermedad por la que -parece quiere indicar el precepto- se percibirán prestaciones como si se dieran por primera vez, aunque pudiera ser que se tratara de un anterior proceso (figura de las “recaídas” en España).

En la contingencia de maternidad es más difícil interpretar la norma, pudiera ser que se quiera decir, o se pueda interpretar, que si el hecho causante todavía está en vigor en el Estado competente al producirse la estancia (o el traslado) y según su legislación, se podrán disfrutar las prestaciones.

En las prestaciones económicas, no obstante, tendrá más aplicación este inciso ya que suelen estar más sujetas a una duración determinada.

En cualquier caso, entendemos que se trata de una regulación favorable que viene a excepcionar precisamente la disposición general establecida en el art. 35. 4 del Reglamento 1408/71 que otorga a los Estados la posibilidad de computar las prestaciones disfrutadas en otros Estados a efectos de una posible duración máxima.

Ya decíamos que esta regulación es una concesión, un beneficio, que se quiere hacer al trabajador (o a su familia) que circunstancialmente le sobreviene la contingencia en el Estado donde precisamente trabaja.

Se regula también el supuesto del traslado de residencia a ese Estado competente. Lógicamente se hace para aplicarle el confuso inciso que decíamos, “... aun cuando se hayan beneficiado ya ...”, que entendemos que debe interpretarse como decíamos.

Igual tratamiento tienen los miembros de la familia con una excepción anómala: estancia en el Estado competente de miembros de la fami-

lia que residan en distinto Estado miembro del trabajador, servirá aquí las prestaciones en especie el Estado de estancia pero por cuenta del Estado de residencia de aquellos.

No se entiende la razón de la excepción, quizás habría que entender que esto será para los supuestos que tengan derecho a las prestaciones en virtud de la legislación del Estado de residencia, (ver artículo 19. 2 parf. 1º del Rgto.1408/71); porqué sino se atribuyen directamente obligaciones a este Estado que no tiene ninguna vinculación con el titular.

2.3-. estancia fuera del Estado competente o regreso o traslado de residencia fuera - y la necesidad de desplazarse "ex profeso"-:

Regulado en el art. 22 del Rgto.1408/71, compleja regulación, ya en la sentencia del caso Pierik, que hemos venido mencionando, se plantearon varias dudas interpretativas del artículo que, incluso dio lugar a una segunda sentencia (asunto 182/78).

La primera duda que plantea la regulación es si es aplicable también a los trabajadores fronterizos y miembros de su familia el supuesto del regreso (nº 1, letra b): después de haber sido admitido al disfrute de las prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del Estado miembro en que reside...) aparentemente parece que no, que estos tienen una regulación propia, quizás sea más discutible respecto a los familiares que pueden vivir en distinto Estado miembro que el titular, pero en estos casos es de suponer que el acuerdo o autorización previa del art. 20 resolverá el problema.

Tiene el supuesto las mismas reglas de conflicto que el supuesto general del art.19 del Rgto., redacción incluso idéntica con una simple variación al añadir el art. 22.1, i) que "la duración del servicio de las prestaciones (se regula) por la legislación del Estado competente".

Cabe preguntarnos entonces ¿ porqué esta diferencia?, ¿en el art.19 la duración de la prestación no se regula por la legislación del Estado competente?. La norma de conflicto necesita cierta aclaración sobre qué faceta o qué aspecto de las prestaciones se regula por cada una

de las legislaciones teniendo en cuenta que también el encabezamiento del artículo (también el art.19) comienza diciendo que “el trabajador... que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho...”; y luego sigue diciendo, “...disfrutará (o tendrá derecho) a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de (estancia) o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma”.

Decíamos más atrás que en consonancia con el principio de igualdad se perciben las prestaciones igual que el resto de afiliados, luego al Estado competente solo le afectarán los requisitos previos para causar derecho y el pago de las prestaciones y, en este último caso, también la duración por recogerse expresamente. Responde esta diferencia a que aquí tratamos de concesión de las prestaciones en situaciones un tanto especiales (por eso no le afectará el principio de igualdad), no en situaciones más normalizadas como las del art.19; se trata de prestaciones “urgentes”, prestaciones que ya se han iniciado en el Estado competente o en que se produce un desplazamiento “ex profeso” a recibirlas.

Cabría decir aquí que los supuestos de las letras b) y c) del artículo son seguramente demasiado distorsionantes dentro de la regulación y podría optarse por suprimirlos, si acaso regular -mantener- el traslado a posteriori de residencia del apartado b) para prever ese supuesto de libre circulación sin problemas; pero los otros supuestos son polémicos e, inclusive, podemos decir que no parecen supuestos propiamente de extranjería, de libre circulación.

El supuesto de la letra b), primera parte, decíamos que no entendíamos que incluyera a los trabajadores fronterizos del art. 20 del Rgto., se referirá a los supuestos del art. 21.1 del Rgto. y todos los posibles más que quepan dentro de la regulación (admitidos en el Estado competente), pero, en definitiva, es el supuesto regulado en el art.19 del Rgto. que regula el principio general (residencia fuera del Estado competente), simplemente parece que se quiere recoger de manera especial lo dispuesto en el nº 2 del parf. 1º del propio art.22 del Rgto.: no autorización cuando el desplazamiento pueda suponer peligro para la salud o para aplicar el tratamiento médico.

Por todo ello, entendemos que recoger una autorización al efecto es o puede ser, aparte de poco beneficioso en aras de la libre circulación dentro de la Unión Europea, innecesaria dicha regulación especial referente a comprometer el estado de salud, seguramente también suele ser objeto de regulación por parte de las legislaciones nacionales.

En la normativa de Seguridad Social española disponemos del art.102 de la Ley General de la Seguridad Social del 74 (R.D. Legislativo 2065/74 de 30 de Mayo, todavía en vigor en esta materia) y del art.132 de la actual Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de Junio) que regulan la conducta negligente del beneficiario en relación con su curación.

El supuesto de la letra c) del art. 22.1 no parece un supuesto de extranjería o libre circulación: "autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo asistencia apropiada a su estado". Parece un supuesto de regulación nacional (en su caso, mediante convenios internacionales bilaterales), los Estados son soberanos para establecer su sistema de protección y sus tipos de prestaciones; ahora bien la Comunidad Europea como organización autónoma y supranacional y dentro de los términos del Tratado puede establecer normas y derechos.

Parece que son problemas o relaciones entre dos Estados y efectivamente es discutible porqué se quiere regular esto a nivel comunitario. Pero, en principio, lo que ocurre es que el artículo tiene mala redacción, no se trata de que haya "a priori" una autorización de un Estado, sino que lo que se quiere regular es la autorización (en el nº 2 del art.).

La Comunidad Europea, en aras de los principios que establece el Tratado, consideró conveniente regular este supuesto y, aun en un Reglamento de coordinación, creó un derecho autónomo de Seguridad Social (prestaciones de enfermedad en otro Estado miembro), si bien mediante "autorización". Lo hace inicialmente la Comunidad Europea, en palabras propias del TJCE¹³, dentro del "marco de los objetivos generales del tratado... (como) medida(s) encaminada(s) a permitir al trabajador nacional de uno de los Estados... que se beneficie, cualesquiera que sean

la institución nacional a la cual esté afiliado o el lugar de residencia, de las prestaciones en especie servidas en cualquier otro Estado”.

Pero lo que inicialmente se entendió como un derecho “bajo autorización” (recibir asistencia sanitaria en otro Estado), en un estado posterior de la integración europea se llega a considerar un derecho intrínseco de las libertades de circulación del Tratado de la Comunidad Europea. A partir de las sentencias del TJCE de los casos de Luisi y Carbone de 1984, siguiendo por las sentencias de los casos Kohll y Decker de 1998 y posteriormente las sentencias de los casos Vanbraekel y Smits de 2001¹⁴, aún tratándose de materia de Seguridad Social, propiamente nacional¹⁵, el Tratado impone este derecho, aún lógicamente con limitaciones, las que puedan entenderse incluidas dentro de las excepciones de los arts. 30 y 46 del Tratado CE.

Podemos decir entonces que se produce un salto cualitativo en la materia, ahora ya no se trata de derecho “autorizado” sino de derecho “directo” salvo excepciones.

Aunque polémico, se puede pensar que el art. 22. 1.c) del Rgto. era necesario en los comienzos de la integración europea (cuando todavía las libertades que se instauran no estaban totalmente desarrollados ni eran totalmente efectivas: ver art.14 del Tratado); era una mínima, pero básica, exigencia de solidaridad, el primer campo donde debe darse la solidaridad es la salud, deben aprovecharse todos los recursos (sanitarios) de la Unión para eso está ésta.

Ahora bien, una vez que las libertades que establece el Tratado tienen plena efectividad, la existencia del art. 22.1.c) y 2 del Rgto. parece más bien un problema. El artículo no solo regula el alcance de la prestación de asistencia sanitaria¹⁶ sino que regula también la “autorización requerida”. Hacen las libertades la misma función que pretendía hacer el art. 22. 1.c) pero además partiendo de distinta concepción. El art. 22. 1.c) parte del principio de autorización (luego más obstructivo) y las libertades parten precisamente de ello, la libertad, y las excepciones (arts. dichos) serán la autorización u otros obstáculos o restricciones.

De todas maneras, bien entendido el art. 22. 1.c) y 2. del Rgto., y para ello mejor redactado, el artículo puede tener su utilidad precisamente en dos circunstancias:

Cuando el derecho nacional no regule el supuesto de prestación de la asistencia en otro Estado .

Cuando lo prevé o regula (como puede ser el Sistema español: urgencia vital) en términos rígidos aunque no discriminatorios: “normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro” (sentencia dicha del asunto 368/98 (Vanbraekel y otros), fundamento 44 y asunto 157/99 (Smits), fundamento 61; y las sentencias allí referidas). La verdad es que el artículo 22. 2 del Rgto. puede ser útil para interpretar a su luz cualquier normativa nacional que exigiendo una autorización o cualquier semejante restricción supere, sin embargo, el contraste (sea compatible) de los arts. 28 o 49 del Tratado CE, al establecer unos criterios concretos al respecto; aunque tampoco tantos criterios ni tan concretos. El TJCE, no obstante, los ha interpretado con una tendencia “europeísta” incluso haciendo una interpretación que puede tildarse de “extra legem” o entenderse que aquí se arroga el Tribunal, como en otras muchas ocasiones, funciones normativas.¹⁷

Para ver las excepciones es importante remitirnos a las sentencias dichas y especialmente a la evolución desde las de 1998 a 2001 (curiosamente entre esos años no se han producido otras sentencias del TJCE en la materia a pesar de lo polémicas que fueron las sentencias Kohll y Decker).

Las excepciones que puede tener la libre prestación de servicios en esta materia de las prestaciones por enfermedad y maternidad vienen bien recogidas y tratadas en la sentencia Smits de 12 de julio de 2001. En principio hay que decir que son excepciones justificables en cuanto a las prestaciones hospitalarias (“prestaciones médicas dispensadas en un establecimiento hospitalario... que presentan particularidades indiscutibles”, sentencia Smits, fund.76), luego ya se ve el cambio de criterio respecto a las prestaciones que se trataban en los casos de las sentencias asuntos Kohll y Decker.

Las excepciones que establece el Tribunal que pueden justificar unas normativas nacionales que establecen ciertos obstáculos a la libre prestación de servicios (o, quizás a la libre circulación de mercancías) son o pueden ser las encaminadas a evitar un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, a mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos o a mantener una capacidad de asistencia o una competencia médica en el territorio que es esencial para la salud pública, aunque todo ello tamizado por el principio de proporcionalidad.

Sería conveniente ver aquí ahora como funciona nuestro sistema al respecto, nuestro sistema es un sistema público de salud y este se traduce prácticamente en la asistencia prestada por la Seguridad Social¹⁸. Éste no es un sistema de concierto (como el holandés de las sentencias), aunque éste se permite, sino un sistema básicamente de gestión directa; no se permiten las prestaciones fuera del sistema, luego ni en establecimientos nacionales como no nacionales (principio de igualdad o no discriminación); en términos de las sentencias dichas, es de los sistemas donde, según manifiestan los Gobiernos que intervienen, se “dispensan (los servicios) en especie gratuitamente en virtud de un régimen de seguro de enfermedad”.

Viene regulado esto en el art. 5º del R.D. 63/95 de 20 de enero sobre ordenación de las prestaciones sanitarias dentro del Sistema Nacional de Salud donde se establece que “ la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y las condiciones previstos en la Ley General de Sanidad...”, y “las prestaciones recogidas en el Anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los Convenios internacionales”.

No prevé el Sistema la autorización del art. 22.1.c) del Rgto. de forma expresa y solo lo hace tácitamente -“salvo lo establecido en los Convenios internacionales”-, previsión, por tanto, que no da lugar a dudas de compatibilidad porque remite a la normativa comunitaria en su integridad, en nuestro caso: habrá que acudir al art.22 y habrá que acudir a la

doctrina jurisprudencial dicha del TJCE, o sea el sistema español se incluye dentro de las excepciones justificadas que veíamos y cuando las circunstancias del caso sean las precisas (art. 22.2 Rgto.) procederá el reembolso de los gastos hospitalarios sufridos en otro Estado, sin que la posible ausencia de autorización previa –formulario E.112- impida pronunciarse sobre el fondo ya que, dijimos ha cambiado la concepción, estamos en un sistema europeo, una integración europea donde predomina el principio fundamental de la libertad de circulación, entre otras.¹⁹

La doctrina española ha opinado entonces, en virtud de esta concepción y de esta evolución, que, aún cuando el R.D. 63/95 suprimió los supuestos de retraso o demoras excesivos - denegación injustificada -, estos pueden llegar a incluirse en el art. 22.2 del Rgto.²⁰ Complementará la previsión legal del mismo art. 5º en su nº 3 del RD. 63/95 de asumir los gastos de la asistencia prestada fuera del sistema en caso de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital; aunque hay que tener en cuenta que también aquellos supuestos, igualmente como excepciones a la regla general, les afectaran las notas que completan el tipo legal: “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada y abusiva...”.

Por último el art. 22 del Rgto. recoge en su nº 1, apartado a) el supuesto de precisarse de modo inmediato prestaciones durante una estancia en otro estado miembro. Es el supuesto de la asistencia sanitaria con carácter de urgencia, que, por otra parte, es la única excepción que recoge el sistema español como acabamos de ver. Se recoge en el art. 22 en términos menos rígidos y seguramente sea porque el hecho de encontrarse ya con carácter previo en el extranjero supone de ante mano, normalmente, no poder utilizar oportunamente los servicios del sistema nacional; de hecho incluso se admiten dentro del supuesto “la asistencia por maternidad, con inclusión de la asistencia prenatal de rutina, aunque sea previsible”.²¹ Es de suponer que en una sociedad moderna y en una integración europea avanzada (ver artículos 2; 3.1, letra p) y 136 del Tratado CE) no se pretenda que cuando una persona necesita asistencia médica se tenga que volver a su país a recibirla si ésta no es urgente.

En cuanto al alcance de la prestación o extensión de la obligación de reembolso hay que decir que, como dice el art. 22. 1, a) del Rgto., hay que acudir al alcance de la prestación en el lugar de estancia (o residencia) sin incluirse aquí, se entiende, los gastos conexos o colaterales a la estricta asistencia sanitaria derivados del propio desplazamiento o estancia fuera de la residencia, al ser precisamente esa la finalidad de la regla de conflicto, prestar la asistencia donde se encuentra el afectado. O sea, se entiende que no se darán aquí –cuando fuera nuestro Estado el Estado de estancia- los problemas que se plantean a nivel nacional en nuestro sistema respecto a la extensión de la asistencia a prestar por parte del Sistema en caso de urgencia vital, ante la imprevisión normativa expresa, sino que habrá que estar a la extensión como si supuesto de prestación normal se tratara.²²

Hacemos un paréntesis aquí en el tema del reembolso o de la extensión o alcance de la prestación a efectos del reembolso para decir que es éste un tema importante y complicado, de hecho la reseñada sentencia del caso Vanbraekel y otros tiene como objeto este tema más que el propio derecho a la prestación que el Tribunal nacional remitente lo reconoce. Se discute la cuantía a reembolsar aquí cuando se da la incidencia de la denegación de la autorización previa del art. 22 que luego se declara infundada y ante diferentes tarifas en el Estado competente y en el Estado de estancia.

Las diferentes tarifas entre Estados será un hecho bastante normal, pero parece que ha sido el incidente de la denegación de autorización, luego declarada infundada, lo que ha destapado el problema. Hasta ahora no se había planteado aquí el tema de un reembolso complementario –respecto a otras prestaciones, también por creación jurisprudencial, si se ha dado-²³ y seguramente se ha producido muchos reembolsos según las reglas de asunción normales del Estado de estancia sin que se haya reparado en este reintegro complementario, que, sin embargo, el TJCE declara que se tiene derecho, pero no en base a esa denegación infundada, sino en base al art. 59 del Tratado (actual art.49) y el principio de libre prestación de servicios. O sea en muchos casos hasta ahora los beneficiarios habrán percibido menos por sus gastos producidos al recibir las prestaciones fuera del Estado competente aún cuando no haya habido

denegación infundada y las instituciones se hayan reembolsado entre sí los gastos según las reglas que rijan entre ellas (art. 36 del Rgto.), y en este caso sí, mediante reintegro íntegro si fuera el caso (ver fundamento 55 y nº 2 del fallo de la sentencia caso Vanbraekel).

Otro problema diferente pensamos que se puede plantear en cuanto al alcance o extensión de las prestaciones por enfermedad y maternidad a efectos del reembolso y es que se tiene derecho a las prestaciones en especie servidas... por la institución del lugar de estancia o de residencia —ya dijimos los problemas que se planteaban para determinar quién era esta institución y que fue objeto de estudio y respuesta en la sentencia del caso Pierik- pero ¿tiene cabida aquí la asistencia prestada, a su vez, por otra institución diferente en casos de urgencia, como se plantea a nivel nacional en algunos Estados donde se da una gestión directa de la asistencia y/o una gestión concertada, como podía ser en el sistema español (“urgencia vital”)?, y, por otro lado, ¿sería igual en el caso del art. 22. 1.a) del Rgto.(aquí la urgencia ya va intrínseca en el supuesto) que en el caso de los supuestos del art. 19 del Rgto. y otros semejantes donde se presta la asistencia en el Estado de residencia por cuenta del Estado competente?.

En los supuestos del art. 19 y semejantes parece clara la cabida de esa posibilidad porque el residente es un sujeto más sometido a la legislación que la institución del lugar de residencia aplique, en las mismas condiciones que los demás afiliados. En el caso del art. 22.1. a) no creemos que la solución sea la misma. En estos supuestos hay unas relaciones entre tres instituciones que no son fáciles de compaginar, y, menos aún, se entenderían en los supuestos del art.22.1, a) del Rgto..

Decir aún que el supuesto del art. 22. 1, a) del Rgto. viene plasmado documentalmente a nivel comunitario en el formulario E.111 aunque recientemente se prevén modificaciones al respecto para facilitar el percibo de las prestaciones por los beneficiarios: en las conclusiones del Consejo Europeo de Barcelona del 15 y 16 de marzo de 2002 se acuerda la creación de la tarjeta sanitaria europea. Todavía no implantada, será un documento más práctico dado que llevará integrada información importante del beneficiario y seguramente tendrá, o tendría que tener, una validez

más larga, luego evitará trámites burocráticos tanto para los beneficiarios en sus desplazamientos como para las Administraciones a la hora de prestar el servicio como a la hora de cobrarlo. Pero de todas maneras, esto no implicará ningún cambio de concepción en la prestación de estas prestaciones que seguramente sería lo preciso para simplificar el procedimiento.

En cuanto a este supuesto de asistencia de carácter urgente cabe añadir lo que dispone a nivel nacional la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero (BOE. 12)- modificada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre- sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España en su art. 12 nº 2 y 4: tienen derecho los extranjeros en España a la asistencia sanitaria de carácter urgente y a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. Importante esto en relación con el requisito previo que veíamos que prevén los artículos del Rgto. en la materia “de reunir las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente” y que está en consonancia, además, con lo dispuesto por las normas internacionales en la materia, Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias (art. 28: derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente...) y Convenio sobre derechos del niño (art. 24: asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres), pero, y también en consonancia con estos textos, “en igualdad de condiciones con los españoles”, o sea, en los mismos términos en que éstos los perciben; criterio general de interpretación que dispone el art. 3º de la misma Ley 4/2000 que salva una posible interpretación discriminatoria si se comparaban los números 2 y 4 del art.12 dichos con el propio número 1, que sí establecía el derecho en las mismas condiciones.

En cuanto a los miembros de la familia, dispone el art. 22 en el nº 3 que se aplicarán las mismas reglas que a los titulares por analogía, dándose también en las prestaciones en especie en los supuestos de las letras a) y c) la misma excepción anómala que antes decíamos para los familiares que residan en distinto Estado miembro que el titular. A los mismos comentarios hechos nos remitimos, añadimos que, según los artículos de desarrollo del Rgto. 574/72 no parece que la interpretación que dimos sea la prevista (se otorga directamente la carga de las prestaciones al Estado de residencia sin más condiciones, lógicamente sobre éste recae también

la concesión de la autorización), lo que no hace sino complicar más el sis-

aquella afectada (por ejemplo cubriendo las contingencias de enfermedad). Se traslada el desempleado y se prevé su protección al establecerse que el Estado competente (el del último empleo y pago de la prestación) sigue cubriéndole sus prestaciones por enfermedad y maternidad con las mismas figuras de colaboración que antes veíamos: servidas, por cuenta de aquel, por el Estado donde se encuentra como si fuera un afiliado más (prestaciones en especie); y previendo un posible acuerdo entre las instituciones de ambos Estados para abonar las prestaciones en metálico la institución del Estado de estancia por cuenta de la institución competente.

Existe una aclaración respecto de las prestaciones en metálico (incompatibilidad con el percibo de las prestaciones por desempleo) que se entiende demás porque normalmente a nivel nacional esa incompatibilidad se dará dado el carácter de ambas prestaciones y al regularse aquí cada prestación por la misma legislación que regula las posibles prestaciones por enfermedad o maternidad. Es difícil, no obstante que se planteara porque también esta el principio general de no acumulación de prestaciones de la misma naturaleza que recoge el art. 12 del Reglamento. Las prestaciones en metálico de las contingencias de enfermedad o maternidad sustituyen a los salarios dejados de percibir y, en el caso de los trabajadores que disfrutaran de prestaciones por desempleo (que también son sustitutivas de los salarios), unas de ellas deben prevalecer.

De todas maneras plasmar administrativamente la regla no es fácil. Viene recogido esto en el art. 26 del Rgto.574/72 de ejecución que tiene una extensión de siete números y dos de ellos para remitirse a otros tantos números de otros dos artículos - el 17 y 18- referidos, no a desempleados, sino a trabajadores en activo.

El artículo prevé la elaboración de distintos certificados, informes y notificaciones o comunicaciones, al menos entre cuatro instituciones, que pudieran ser más si hubiera más de dos Estados afectados (el trabajador desempleado se traslada a varios Estados en busca de empleo). En fin, una complejidad (todo este entramado burocrático para tres meses de plazo para buscar empleo) que no será fácil de llevar a la práctica.

- en el caso del art. 69. 1 ambas prestaciones del mismo Estado (el competente) y, por tanto, el tratamiento de ambas prestaciones sería como si de un supuesto nacional se tratara.

Segundo.- el supuesto del art. 71.1, letras a) y b), inciso ii) del Rgto: trabajador desempleado total que resida durante su último empleo en Estado distinto del de empleo y que se pone a disposición de los Servicios de Empleo del Estado miembro de residencia para obtener allí la prestación (o sea, regulación en principio de las prestaciones por los arts.19 al 24 del Rgto.).

Dispone aquí el legislador (art. 25. 2 Rgto.) que sirve las prestaciones por razón de enfermedad y maternidad el Estado de residencia, las suyas y a su cargo “como si hubiera estado sujeto (a su) legislación durante su último empleo”. Esta asimilación, sin embargo, al menos a nivel nacional para nuestro sistema de Seguridad Social, tendría una afectación parcial - nuestro sistema no exige cotización previa para ser beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria, aunque sí respecto de la prestación de incapacidad temporal -. En cambio nuestro sistema exige para tener derecho a las prestaciones, tanto en el art. 124 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, R.D. Legislativo 1/94, como concretamente en el art. 3º del Decreto 2766/67 de desarrollo de la prestación de asistencia sanitaria o el art. 3º de la Orden Ministerial de 13 de Octubre de 1967 de la prestación de incapacidad temporal, el requisito del alta en la Seguridad Social y el trabajador aquí se encuentra en situación de desempleo, según al artículo 71. 1. b) inciso ii) primera frase del Rgto. disfrutará de las prestaciones por desempleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado de residencia pero con la misma asimilación de “como si hubiese ocupado allí su último empleo”, luego pasa a ser un beneficiario más de las prestaciones por desempleo del Sistema español y desde esa situación pasará a ser beneficiario de las prestaciones por enfermedad en las mismas condiciones. ¿Y cómo cumplen el requisito del alta en la Seguridad Social?, la respuesta está a nivel nacional acudiendo a la figura de las situaciones asimiladas al alta y así en el art. 125 del mismo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social se recoge como situación asimilada al alta la situación de desempleo total subsidiado.

Se produce, por otra parte, una desviación de la norma de conflicto aplicada respecto de la norma general. Ya para las prestaciones por desempleo se produce también una excepción respecto de la norma general (art. 71. 1 respecto del art. 67.3 del Rgto.) aunque allí se justificó para facilitar al trabajador el percibo de la prestación y la búsqueda de nuevo empleo.²⁵ Se entiende que es precisamente por esta regulación en materia de desempleo por lo que aquí se toma la misma decisión, se trata de la misma situación se hecho y de prestaciones, en parte, del mismo carácter – sustitutivas de los salarios- y alternativas.

En cuanto a los familiares, por último, de los trabajadores desempleados las reglas también son diferentes respecto de los trabajadores en activo, y, a salvo de otras consideraciones, también más fáciles: Estado obligado es el mismo que al que “incumba el cargo de las prestaciones por desempleo...cualquiera que sea el Estado miembro donde residan o se hallen”, (si bien estos servirán las prestaciones en especie).

A salvo de otras consideraciones, decimos, porque aquí nos encontramos con algunas discordancias:

“ cualquiera que sea el Estado miembro donde residan o se hallen”, dice el precepto sin más requisitos o condiciones. En relación con el art. 22. 1, c) del Rgto. se puede entender, o que se exigen también aquí los requisitos o que hay discriminación en relación con los familiares de los trabajadores no beneficiarios de prestaciones por desempleo. No se aprecia ninguna justificación para este distinto tratamiento.

¿porqué aquí no se distingue, como en los casos de los trabajadores en activo, entre los familiares residentes o no residentes en el mismo Estado que el trabajador?, en función de ello, en esos supuestos, varía el Estado obligado.

Regulado este supuesto, se aprecia falta de regulación por el Reglamento de otro supuesto parecido (laguna legal), supuesto del mismo art. 71. 1, b), inciso i): trabajador desempleado total que reside en diferente Estado miembro durante su empleo pero que percibe la prestación por éste, el Estado competente. Es de suponer que, a falta de regulación, rija aquí la regla general del art.19. 1 del Rgto.

4.-Titulares de pensiones o rentas. (arts. 27 a 34 del Rgto. 1408/71)

Por último, podemos decir que tratándose del tema de las prestaciones por enfermedad y maternidad dentro de los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea no puede faltar una regulación específica para los pensionistas (jubilación, invalidez, viudedad...).

Dentro de los derechos que abarca el principio de libre circulación de trabajadores se encuentra el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo...(Art. 39. 3, d) del Tratado C.E.). Luego un trabajador puede percibir una pensión de jubilación, invalidez... según las normas del Rgto. 1408/71 (art. 46: principio del prorrateo) y después residir en él del último empleo, o estar y permanecer residiendo en otro.

Pero, incluso, no solo existe el principio de libre circulación de trabajadores, sino el principio de libre circulación de personas. Dice el art. 18.1 del Tratado C.E. “ Todo ciudadano tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros...”, luego puede un trabajador haber hecho toda su vida laboral en un/os Estado/s miembro/s y residir, tras su jubilación, en otro distinto.

Es el Reglamento CEE 1251/70 de 29 de junio el que reguló inicialmente el ejercicio de este derecho y desde una concepción laboralista (derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio donde han ejercido); la Directiva 75/34(CEE) extendió el derecho a los trabajadores autónomos,²⁶ pero ambas normativas están hoy bastante superadas, sobre todo por el art.18.1 del Tratado – redacción del Tratado de Maastricht de 1992 que añade íntegramente una Segunda Parte al Tratado C.E. dedicado precisamente a los derechos de los ciudadanos de la Unión - que decíamos que otorga el derecho a los ciudadanos y no de manera unidireccional. A medio camino surgieron las famosas Directivas del año 1990, la 364, 365 y 366 (esta última sustituida por la 93/96 por anulación de aquella por el Tribunal) referidas a ciudadanos no trabajadores: a estudiantes, pensionistas y resto de ciudadanos no trabajadores (directiva esta última llamada coloquialmente “Directiva Playboy”).

Exigen las directivas unos requisitos comunes y precisamente uno de ellos es el que aquí se regula en el Rgto.1408/71 y objeto de este estudio: la cobertura de un seguro de enfermedad.²⁷

Simplemente añadir que los pensionistas, por tanto, residirán en Estado miembro que elijan sin problemas en materia de protección de la Seguridad social en los términos del Reglamento 1408/71, pero, a su vez la propia Directiva, en relación con el Reglamento CEE 1612/68, concede una protección añadida al pensionista y a su familia derivada del principio de igualdad y, en base a él, podrán optar a las mismas ventajas sociales reconocidas por la legislación a los propios nacionales. Permisos igualmente de cinco años de validez pero no con revisión automática.

Pero hasta aquí, aunque el ámbito subjetivo se ha ampliado, aún, al fin y al cabo, se habla de permisos luego ello sobre algún cumplimiento de requisitos para tener derecho; con la inclusión del art. 18. 1 del Tratado el concepto variará y se establecen unos derechos específicos atribuibles al ciudadano europeo por la mera condición de tal. Establece, no obstante el derecho a reserva de posibles limitaciones o condiciones previstas en el Tratado o en disposiciones de desarrollo. Pero estas limitaciones hay que entenderlas, desde luego, partiendo de la concepción dicha, es decir, a modo de las limitaciones o condiciones que a nivel nacional pueden darse en el desarrollo de las derechos que reconocen las Constituciones (acudir, *vervi gracia*, en la nuestra al art.53. 1: "contenido esencial").²⁸

No podía faltar, por tanto, en el Reglamento 1408/71 regular las peculiaridades que supone para estos sujetos el disfrute de las prestaciones derivadas de enfermedad o maternidad, en su caso. Distingue además el Reglamento entre los titulares de pensiones o rentas y la situación previa de solicitantes de pensiones o rentas.

4.1.- Solicitantes de pensiones o rentas:

Tienen regulado su derecho a las prestaciones en un solo artículo del Reglamento 1408/71 (art.26) y uno solo del Reglamento 574/72 (art. 28) y tienen como objetivo evitar o paliar los posibles inconvenientes que puedan surgir mientras dura la tramitación de las solicitudes. Se refieren

simplemente a las prestaciones en especie (asistencia sanitaria y similares) porque lógicamente las prestaciones en metálico no deben causar mayor problema porque cuando se conceda la pensión o renta tendrá efectos retroactivos al día del cese en el trabajo y, en su caso, posiblemente se esté cobrando mientras un subsidio, de incapacidad temporal por ejemplo.

Si el trabajador, familiares o supervivientes dejan de tener derecho a las prestaciones en especie durante la tramitación de una solicitud de pensión o renta, disfrutarán de las mismas, no obstante, abonadas según las disposiciones de la legislación del Estado miembro donde residan, en tanto tengan derecho a las mismas en virtud de esa legislación o tuvieran derecho a ellas en virtud de la legislación de otro Estado miembro si residiesen en él y teniendo en cuenta, en su caso, la totalización del art.18 del Rgto.

Si el derecho se deriva de una legislación que exige al interesado pagarse las cotizaciones relativas al seguro de enfermedad durante la tramitación, dejará de tenerse derecho a las prestaciones transcurrido el segundo mes sin pago de las cotizaciones.

Por los demás, las prestaciones serán a cargo de la institución que haya percibido la cuotas o, cuando no existiera la obligación, de la institución que tenga que asumir las prestaciones cuando se reconozca la pensión o renta (reembolsará a la institución de residencia).

Parece esta una regla hecha con carácter preventivo y para supuestos marginales pero que, sin ir más lejos, en nuestro sistema de Seguridad Social puede tener cabida fácilmente. Establece el Decreto 2766/67 en el art. 6. 2 referido a la duración de la asistencia sanitaria unos supuestos de asimilación al alta pero bajo ciertos requisitos y condiciones, luego pueden darse casos donde no se cumplan.

El supuesto más importante a nuestros efectos (supone tener protección o no tener) es el de los trabajadores que causan baja en el Régimen General de la Seguridad Social – seguramente hay que extenderlo a todo el Sistema- habiendo permanecido en alta en el mismo un mínimo de 90 días durante los 365 naturales anteriores: conservaran el

derecho a que se les inicie la prestación de asistencia sanitaria durante un periodo de 90 días. Si no cumplen ese requisito (contributivo) no conservaran el derecho, simplemente podrán mantener la prestación de asistencia sanitaria ya iniciada.

Aún así en ambos supuestos, y distinguiendo entre titulares y familiares, hay una limitación temporal de mantenimiento o duración de la prestación de asistencia sanitaria. Posiblemente esta limitación ya no afectará tanto al supuesto comunitario que aquí tratamos porque los plazos son más o menos largos (26 semanas desde la baja, el más corto).

4.2.- Titulares de pensiones o rentas:

Viene regulado en los artículos 27 al 34 del Reglamento 1408/71.

Las reglas de conflicto aplicadas están en función del Estado de residencia y del Estado en virtud de cuya legislación percibe la pensión o renta. Podemos decir que esto es una aplicación específica del principio comunitario de legislación única de los arts.13 y siguientes del Reglamento del 71, concretamente serían los arts. 14. 2 y 14 quater: personas que ejerzan normalmente una actividad por cuenta ajena o simultáneamente cuenta ajena y cuenta propia en el territorio de dos o más Estados. En estos se opta por diferentes soluciones, legislación de un Estado o de otro, según los casos.²⁹Aquí veamos cual es la opción.

La primera regla básica para estos sujetos es que si son pensionistas en virtud de la legislación de varios Estados miembros (principio del prorrateo) y uno de ellos el de residencia, si se tiene derecho a las prestaciones por enfermedad o maternidad por éste – aplicando la totalización, en su caso, y también añade el artículo las disposiciones del Anexo VI – de él se percibirán, y a su cargo, como si fuera solo pensionista en virtud de su legislación (art. 27 Rgto.).

Cabría preguntarse aquí, en principio, qué ocurre si las prestaciones económicas son inferiores a las que ofrecen los otros Estados afectados, se podría optar o se podría percibir el complemento de la diferencia sobre la superior...La regla parece fácil, pero tiene sus problemas interpretativos y dichas opciones parece que, en principio, chocarían con el principio de exclusividad de la legislación aplicable.³⁰

La verdad que en estos casos de titulares pensionistas parece que las prestaciones económicas serán pocas, aquí ya no hay salarios que sustituir. Al menos en el sistema español ocurre, serán quizás los pensionistas de los sistemas de reembolso los más afectados o las prestaciones farmacéuticas compradas directamente por los titulares, pero no parece que sea posible esa posibilidad, al menos por las normas comunitarias de coordinación, otra cosa será las posibilidades o facilidades que ofrezcan las normativas nacionales para sus residentes fuera, incluso no se da aquí la posibilidad de disfrutar de prestaciones mejores en casos de estancias en algunos de los Estados competentes en materia de pensiones(al contrario que ocurre cuando se trata de trabajadores: art. 21 Rgto.): ver art. 31 del Reglamento, aunque existe una posibilidad casual si el Estado de estancia coincidiera con el obligado según el art. 28. 2 del Reglamento 1408/71.

La regla también se aplica a los familiares, aunque a los familiares que residen en el mismo Estado miembro que el titular porque los que no residen tienen distintas reglas recogidas en el art.29, igual que ocurría también en el caso de los trabajadores.

Añadir ahora a efectos de aclaración, que vale para el supuesto siguiente porque también en él se recoge, que la remisión a las disposiciones del Anexo VI se refiere algunas modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de algunos Estados miembros. En cuanto a España y a la materia que estamos tratando la particularidad es poca: se refiere a la no aplicación de la normativa comunitaria de las prestaciones en especie a los funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia y a que, independientemente de esto, las disposiciones del art. 27 del Rgto. se aplican a toda persona titular de pensión de los regimenes dichos y además de una pensión en virtud de la legislación de otro Estado miembro.

Si son pensionistas en virtud de la legislación de un Estado miembro o de dos o varios Estados miembros, pero no se tiene derecho a prestaciones por enfermedad o maternidad por el Estado miembro de residencia (normalmente quiere decirse que no se es pensionista de ese Estado), disfrutará de estas prestaciones, no obstante, él y los miembros de su familia, siempre que tuviera derecho a las prestaciones de enfermedad/ mater-

nidad – teniendo en cuenta, en su caso la regla de la totalización o las disposiciones del Anexo VI - en virtud de la legislación de un Estado miembro o al menos de uno de los Estados miembros competente en materia de pensiones si residiese en él.

Lógicamente se da aquí la pertinente modulación derivada de exigencias prácticas siempre en estos casos de no coincidencia del Estado obligado con el Estado de residencia:

- prestaciones en especie servidas por la institución del Estado de residencia, como si el interesado fuese titular de una pensión o renta y tuviese derecho a las prestaciones en especie,
- prestaciones en metálico servidas por la institución competente que vemos a continuación y según su legislación. Cabe acuerdo como en otras ocasiones entre ambas instituciones (competente y de residencia) para prestarlas esta última a cargo y según la legislación de aquella.

Institución del Estado a cuyo cargo han de correr las prestaciones serán:

- si el titular tiene derecho a las prestaciones en virtud de la legislación de un solo Estado miembro, la institución de éste será la obligada.
- si tiene derecho en virtud de la legislación de varios Estados, la institución obligada será la de aquel Estado a cuya legislación haya estado sometido el titular durante más tiempo; si en virtud de esta regla hubiera más de uno, la obligación recaerá sobre la institución que aplique la legislación a la que estuvo sujeto en último lugar (art. 28 del Rgto).

Es ésta la situación del art. 19 del Rgto. cuando el trabajador pasa a ser pensionista, pero la regla es mucho más amplia cubriendo situaciones muy diferentes, incluso la misma situación pero repetida a lo largo de la vida laboral del trabajador en distintos Estados - que devienen luego obligados al pago de pensiones o rentas -, luego entran más Estados en juego. Son situaciones de obligado reconocimiento consecuencia de las

distintas vicisitudes de la vida laboral del trabajador. Incluye también, como no podía ser de otra forma, las situaciones donde no se daba el derecho de permanencia que regula el Reglamento CEE 1251/70, como decíamos atrás. Por último, es un precepto el art.28 del Reglamento que regula una situación muy importante aquí, la propia circulación de los pensionistas: libertad de residencia dentro de la Unión Europea (Directiva también antes dicha del año 90, la 365, y actualmente podemos entender reconocida sin condiciones, a salvo las estrictamente justificadas (orden público y demás) en el reseñado art.18. 1 del Tratado CEE). El Reglamento tiene la facultad de regular situaciones que no se permitían cuando se creó. Es una situación muy importante y, sobre todo, para España que se ha convertido en un país preferido de residencia de muchos pensionista europeos, principalmente del norte de Europa.

Se establece, por último, un art. 28.bis en el Reglamento del 71 para salvaguardar los derechos de los Estados que tienen establecido el principio universalista de protección, a nivel general o en estas prestaciones. Es una consecuencia lógica al no haber adoptado las normas comunitarias este principio, al menos, respecto de la prestación de asistencia sanitaria, que como con anterioridad decíamos, es donde más naturalmente se exige; además esta prestación, o las prestaciones en especie, aquí para los pensionistas serían casi las únicas que se dieran por las contingencias que tratamos.

Por tanto, establece el artículo que en estos casos, si el trabajador no fuera pensionista de ese Estado (y, por tanto, normalmente tampoco sería beneficiario de las prestaciones por enfermedad y maternidad), las prestaciones correrán a cargo de la institución que le corresponda según las normas dichas del art. 28. 2 del Rgto.

Los familiares de los titulares de pensiones o rentas que residen en distinto Estado, decíamos, tienen reglas diferentes para recibir las prestaciones en ese Estado, reglas que vienen recogidas en el art.29 del Reglamento.

Las reglas las podemos sintetizar en las mismas que para los titulares (arts, 27 y 28 del Rgto.) si bien con la particularidad de que se produce una ficción jurídica entendiendo que los titulares tienen la misma resi-

dencia que los familiares, “como si el titular residiera en el mismo territorio que ellos”.

Comparativamente hablando, en relación con la idéntica norma referida a los trabajadores, la regla tiene su lógica. Respecto a los trabajadores el art. 19 del Rgto. no distinguía en la residencia de los familiares y aplicaba a todos las mismas reglas que se aplicaban al trabajador – prestaciones a cargo del Estado competente – con excepciones. Aquí, podemos decir que la regla es la misma pero modulada para la ocasión: se trata de trabajadores pensionistas e hipotéticamente los Estados competentes pueden ser varios, tantos como obligados al pago de pensiones. Entonces el familiar puede estar residiendo en uno de estos Estados y no es lógico que el otro Estado competente – el de residencia del pensionista – sufragara las prestaciones de los familiares cuando tienen ambos Estados el mismo título (obligación).

La otra posibilidad aquí es la del art. 28. 2, o sea que los familiares residan en Estado miembro donde el titular no tendría derecho a las prestaciones por enfermedad o maternidad aunque residiera (normalmente será porque no es pensionista de él). Las reglas de remisión del art. 28. 2 prácticamente van a parar al Estado competente del art. 19. 1 del Rgto., Estado competente en materia de pensiones obligado a sufragar las prestaciones de enfermedad y maternidad será al que en su día estuvo afiliado y cotizó el pensionista, y aún, en el caso del apartado b), nº 2 del art.28 será al que mayor tiempo estuvo afiliado y cotizó.

Solo hay en este último caso una pequeña objeción y es que el art. 19. 2, del Rgto. establecía una excepción para hacerla, a su vez, prevalecer - cuando los familiares tengan derecho a las prestaciones en el Estado de residencia – no siendo recogida cuando de pensionistas se trata con lo que puede ocurrir que se produzca una acumulación de prestaciones prohibida por el art. 12. 1 del Rgto.. El familiar beneficiario tendrá que optar por una.

Regula también el artículo en su nº 2 el traslado de residencia de los familiares al Estado miembro de residencia del titular y lo hace para otorgarles la regulación favorable de la que ya hablábamos en el caso de

los trabajadores en activo en el art.21.con el inciso de disfrutar las prestaciones aunque se hubieran disfrutado antes del traslado de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o maternidad. Ya dijimos como entendíamos este inciso.

Mayor dificultad de interpretación ofrece la propia regla de conflicto aplicada en las prestaciones en especie, parece problema de redacción: disfrutaran de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado (donde reside el titular al que se trasladan los familiares).

No establece la norma a cargo de que Estado corren, aparentemente podría pensarse que también a cargo de dicho Estado de residencia, luego variaría la regla general de los arts. 27 y 28. 2 del Rgto. En el caso del art. 27 no habría problema porque se da coincidencia de Estado, pero no ocurre lo mismo en el caso del art. 28. 2.cuando el titular resida en Estado en el que no tenga derecho a las prestaciones.

Parece, como decíamos más bien problema de redacción, no parece lógico, ni tendría explicación cambiar la regla general, regla que, por otra parte, tiene incluidos dentro, para los supuestos (quizá) más normales de coincidencia de residencia, a los propios familiares.

Cabe oponer, si acaso, mayor objeción a la regulación comunitaria referida a los distintos supuestos de estancia en Estados miembros. El Reglamento del 71 aquí no distingue, al contrario que cuando regula los supuestos de trabajadores en activo, entre la residencia o no de los familiares en el mismo Estado y hace el mismo tratamiento para titulares y para familiares, es más, parece que hace una regulación conjunta en el art. 31 del Reglamento titulado “ Estancia del titular y/o los miembros de la familia en un Estado distinto de aquel donde tienen su residencia.”. Parece que puede abarcar los supuestos de estancia en el Estado competente (art.21) y de estancia fuera del Estado competente (art. 22. 1, a). Respecto a la estancia fuera del Estado competente no cabe ninguna duda porque así lo entendió y lo dictaminó el TJCE en sentencia del caso Pierik (2).³¹

Adopta además en ambos casos para las prestaciones en especie la que calificábamos de discutida regla que se aplicaba para los familiares

que vivían en distinto Estado de que las prestaciones corrían a cargo del Estado de residencia (servidas por la institución del lugar de estancia). Más discutida es aquí aún la regla porque abarca también a los titulares : otorga la obligación al Estado o institución del lugar de residencia que puede que no tenga el titular ninguna vinculación con él aparte la residencia, puede haber desarrollado su vida laboral íntegra en otros Estados miembros. Regla que, por otra parte, afectará mucho a nuestro sistema español al haberse convertido España, como decíamos, en lugar preferencial de residencia de muchos pensionistas europeos.

Las prestaciones en metálico tienen la misma regla general que para los trabajadores o que para el resto de supuestos de los pensionistas – servidas por el Estado competente y con posibilidad de acuerdo entre posibles instituciones afectadas, la competente y la de estancia, en su caso -, si acaso echamos en falta aquellos añadidos finales que hace el art.21 del Rgto. que parece que implicaba un tratamiento más favorable cuando decía “ incluso aunque haya disfrutado ya de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o maternidad antes de su estancia”. En este añadido precisamente estaba la especialidad para establecerse por ello un nuevo supuesto también en el art. 21.2 y referido al traslado de residencia al Estado competente.

Para terminar, por último, por no extendernos más en esta materia un tanto ardua que puede plantear problemas desde distintos aspectos, nos referimos ahora a la disposición general recogida en el art.35 del Reglamento importante en la materia donde se dan constantemente reglas o normas de remisión. Se trata de aclarar cuál es el régimen al que nos referimos cuando la regla de conflicto nos remite a la legislación de un Estado que tiene establecidos una pluralidad de regimenes en la materia. Podría ser el caso de nuestro Sistema de Seguridad Social que, como sabemos, distingue un Régimen General y distintos Regímenes Especiales.

Establece el Reglamento manteniendo una redacción un tanto arcaica que “las normas aplicables...serán las correspondientes al régimen a que pertenezcan los trabajadores manuales de la industria del acero”. Establece una especialidad para los trabajadores de las minas y asimilados y, si existiera un régimen especial para ellos en el Estado de aplica-

ción, por éste se regularan este tipo de trabajadores “siempre que la institución del lugar de estancia o de residencia a que se dirijan sea competente para aplicar el régimen en cuestión”. Será el caso, por lo pronto, de nuestro Sistema³², luego respecto a esta última condición que se recoge, habría que ver si el Régimen Especial de la Minería del Carbón de nuestro Sistema establece alguna especialidad o condición (por ejemplo en la prestación de la asistencia sanitaria) para no perder el derecho, que no lo parece; el art.5º del Decreto 298/73 remite en cuanto a la acción protectora al Régimen General, salvo las particularidades que regule, que en este aspecto de “institución competente para aplicar el régimen” no hay ninguna.

CONCLUSIONES.

Hacemos ahora, para ir terminando este estudio, una especie de resumen donde podemos plasmar las conclusiones más relevantes de todas las reflexiones que sobre el tema de la coordinación/armonización de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea hemos podido hacer, en concreto para dos tipos de prestaciones.

Destacamos, en primer lugar, que la prestación en especie por enfermedad y maternidad (la asistencia sanitaria) es de tal importancia en todos los sistemas europeos de protección social, insignia del Estado de Bienestar consagrado en Europa, que sería conveniente una regulación uniforme y no una coordinación sometida a multitud de requisitos. Se exigen autorizaciones, se precisan comunicaciones entre las instituciones competentes estatales, se necesitan controles..., en fin multitud de trámites administrativos, como no son los menos los precisos para cumplimentar el reembolso previsto entre instituciones de los gastos de la prestación servida por una por cuenta de la otra: artículo 36 del Reglamento 1408/71 y el artículo 98 del Reglamento 547/72 de aplicación.

A todo esto cabe también añadir la repercusión que hemos visto que tiene la efectiva aplicación de los principios de libertad de circulación de mercancías, capitales y de libertad de establecimiento.

Por todo ello, propugnamos una regulación unitaria como una especie de política común de asistencia sanitaria y con su correspondiente financiación comunitaria. Una regulación para tratamientos u operaciones especiales en el territorio de otro Estado miembro.

Destacamos, en segundo lugar y respecto de las prestaciones por desempleo, que consideramos un gran avance en la regulación aplicar a estas prestaciones también el principio de exportación de prestación o supresión de la cláusula de residencia, porque es contraria a los principios de la integración europea y porque supondría un gran avance de simplificación. Toda la regulación de carácter de excepción que viene recogida en el artículo 71 del Reglamento respecto a desempleados que residen en distinto Estado del de empleo podría obviarse. Igualmente todos los requisitos y problemas que plantea el cumplimiento del regreso recogido en el artículo 69. 2 del Reglamento comunitario desaparecerían.

A lo largo del estudio podemos, desde luego, sacar alguna conclusión más pero no la consideramos de tanta envergadura. Simplemente queremos también ahora destacar la última regulación recibida por las prestaciones por desempleo tras el Real Decreto Ley 5/2002 y posteriormente la Ley 45/2002 al que pasó íntegra toda la regulación del Real Decreto Ley sin modificación.

Esta regulación, decíamos, aunque más coherente con la regulación comunitaria (si bien más regresiva), supone - creemos - por esa diferenciación entre los emigrantes (comunitarios y no comunitarios) una regulación discriminatoria y, por tanto, inconstitucional.

A su vez decir, que la sentencia Martínez Losada del TJCE dejó muchas dudas, que en parte se han solucionado con la nueva regulación de la prestación por desempleo. Bien le vino al Tribunal al Tribunal las cotizaciones que lleva a cabo el INEM por asistencia sanitaria y prestaciones familiares durante la percepción del subsidio base del art. 215.1.1.c) LGSS para salvar el requisito que impone el art. 67.3 del Reglamento comunitario, y que no fueron alegadas en ninguna pregunta de la cuestión prejudicial. Con la nueva regulación ya no ha lugar a esta forzada interpretación (desgraciadamente) porque para los emigrantes comunitarios ya no existe

el supuesto del subsidio por desempleo del art. 215 .1.1.c) LGSS. Igual de forzada fue la interpretación, creemos, del requisito español de reunir todos los requisitos precisos para obtener pensión de jubilación que el Tribunal transforma -interpretando una normativa nacional - en los 15 años de cotización (y quizás dos de ellos entre los últimos ocho, aunque no lo dice) para salvar el requisito que impone el art. 48,1 del Reglamento comunitario. Interpretación ésta forzada que, sin embargo, todavía permanece al no verse afectada por la reforma.

NOTAS:

¹ Gonzalo González B. "Apuntes sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 2, 1997, pag.101. Y Netter "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en Revista Iberoamericana de Seguridad Social, nº 6 1993.

² Importante es destacar en esta aspecto en el sistema español de Seguridad social, por ejemplo, la Orden ministerial de 18-7-1991 que permiten la suscripción de convenios especiales que asimilan al alta en la Seguridad Social española a los trabajadores emigrantes cuando emigran a países donde no se les reconozca una situación equivalente: pueden obtener, por tanto prestaciones de invalidez y muerte por contingencias comunes, jubilación y servicios sociales.

También conviene destacar aquí las recientemente creadas prestaciones asistenciales por ancianidad como mínimo de subsistencia para españoles residentes en el exterior, Real Decreto 728/93 de 14 de mayo como equivalentes a las prestaciones no contributivas de la Ley General de la Seguridad Social para los residentes en territorio español.

³ El cambio de tendencia de los flujos migratorios (España se convierte en un país de inmigrantes y no de emigrantes) ya se había producido en 1994, igualmente ya se había dado la crisis económica y de empleo (famoso "primer decretazo" Real Decreto-Ley 1/92 de 3 de Abril donde se reducen las prestaciones por desempleo, las sucesivas leyes que a partir de él establecen programas de fomento del empleo, Ley 22/92, Ley 10/94, la polémica modificación de los contratos formativos del Real Decreto 2317/93 de 29 de diciembre con mínima protección social, la reforma laboral de la Ley 11/94...) y, sin embargo, el artículo no se modificó con el Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de Junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Igualmente cabe añadir dos nuevas notas en nuestra argumentación, y muy importantes aquí por estar directamente relacionadas con la materia que tratamos. Se modifica el art. 7. 1 del Real Decreto Legislativo 1/94 e introduce para los extranjeros los requisitos alternativos de residencia o estancia legal en España y lo hace, pensamos, precisamente en consonancia con la normativa comunitaria, porque no podía ser de otra manera al implantarse la libre circulación (arts. 3, 12 y 42 TCE): los trabajadores de los Estados miembros podían vivir en un Estado y trabajar en otro sin menoscabo de sus derechos, respecto del resto de trabajadores no comunitarios la residencia es consustancial (normalmente) para su inclusión, su protección, al exigirse el permiso de trabajo que en sí es un documento único junto con el permiso

de residencia. Fácil interpretación tiene además, entonces, la frase del primer párrafo del nº1 “ siempre que... ejerzan su actividad en territorio nacional ” que no hace otra cosa que recalcar el carácter profesional de las prestaciones contributivas a las que se está refiriendo, y hablando también de titulares de derechos, no de derechos derivados, que vienen recogidos en cada regulación específica de cada prestación.

Por otra parte, la presunta intencionalidad restrictiva de la reforma respecto de las prestaciones no contributivas tampoco se ve con claridad; por un lado hay que entender que a quién tienen que proteger por lógica estas prestaciones no contributivas sino que a los españoles residentes (en su caso, a los extranjeros afectados por el principio de igualdad): principio profesional o contributivo frente al principio de universalidad de protección; por otro lado, la presunta inexportabilidad de las prestaciones no contributivas venía bien cubierta con el art. 10, bis y el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 y, en cuanto a la llamada prestación asistencial por desempleo (subsidio) se puede decir que abarca muy variados supuestos y de diferente carácter, asistenciales, no contributivo y hasta contributivos (ver infra Cap. II), seguramente el Gobierno español no las recogió expresamente en el Anexo II bis conscientemente por esta variedad de caracteres que abarca como porque aquí tampoco la exportabilidad comunitaria es un derecho de gran amplitud: art. 69 Reglamento; por último, tampoco se aprecia aquí ninguna variación sustancial de contenido, sino simplemente una remisión parcial al nº 3 del artículo cuando antes se hacía a todo el artículo, en lógica consonancia de haberse incluido también a los extranjeros en el nº1, que entendemos que es la variación sustancial.

⁴ De todas maneras la aplicación práctica del principio en España no es tan real como a nivel de definición parece, y existen algunas lagunas de cobertura, sobre todo, por el método usado a base de ir incorporado colectivos. Procede ver, entre otras normas, el R.D. 1088/89 de 8 de Septiembre de extensión de la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. El art. 1º establece que “ *Se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria ... a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes.* ”. Incorpora aquí el colectivo de personas sin recursos suficientes pero aquí la suficiencia de recursos es bastante relativo puesto que se trata de la asistencia sanitaria y la necesidad de ésta es muy variable en función de la salud del posible afectado y ésta no es nunca predeterminable a priori, por tanto utilizar para esta prestación un criterio cuantitativo de acceso no es lo más equitativo. Algo parecido podíamos alegar respecto de las prestaciones no contributivas de la Ley General de la Seguridad Social (arts. 144, 167 y 182). No están incluidas en esos artículos las prestaciones por desempleo que aquí tratamos, se regulan por arrastre histórico (las últimas regulaciones ha sido en leyes aparte), en un Título separado – Título III – lo que hace que ya de por sí presente alguna falta de coherencia: se regula genéricamente para todos los regímenes, se distingue entre prestaciones contributiva y las que llama “asistenciales” por lo que no que claro entonces la aplicación a éstas del art. 7.3 de la Ley General (quizás por eso se recoge como causa de extinción el traslado de residencia al extranjero en el art. 213 y 219.2). En cuanto a estas prestaciones tampoco está logrado totalmente el principio de universalidad de protección ya de por sí por su carácter temporal aunque se va logrando cada vez más sobre todo con las reciente creadas rentas activas de inserción que antes decíamos, aunque también con el problema de calificación de asistencia social o no que reseñábamos.

Ver también aquí el art. 12 de la Ley 4/2000 de 11 de enero (modificada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no se exige mucho al extranjero para tener derecho a la asistencia sanitaria: “ 1. Los

extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2 Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia... 3. Los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.” También es de aplicación esta Ley a los extranjeros comunitarios: véase el artículo único, número 3 del R. Decreto 864/2001 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley.

Así establece la regulación española el principio de universalidad de protección, aunque más claramente lo hace la referida ley francesa – incluye a las personas que manifiestan que no tienen derecho a la asistencia sanitaria por ningún otro medio y se refiere a residencia estable y regular en un único texto para nacionales y extranjeros y sin límite en base a recursos económicos de los posibles beneficiarios, simplemente establece que cuando sobrepasen determinados ingresos deben contribuir a la su financiación -. La española lo hace en diferentes textos normativos pone el límite de poseer recursos suficientes y, en cuanto a los extranjeros, pone en relación dos figuras jurídicas distintas, no se sabe bien con qué finalidad y qué interpretación hay que darle: empadronamiento y residencia habitual; parecen dos requisitos acumulativos, parece que de la inscripción en el padrón se deducirá la residencia habitual, y, todo esto, qué tiene que ver con la residencia legal. En principio parece que se ha optado por una interpretación donde no se exige la residencia legal del extranjero, pero también podía haber la interpretación contraria y entenderse esto solo para los números dos al cuatro del artículo. Vid. Fernández Orrico F. J. “La protección de los extranjeros en España”. Aranzadi Social 2001, pag. 55.

⁵Alarcón Caracul M. R. y González Ortega S. en Compendio de Seguridad Social. Tecnos (1991), pag. 188.

⁶ Y nos estamos refiriendo a implantarlo y armonizar en un sentido relativo, a utilizar el principio de universalidad de protección, que es una norma sustancial, como una norma procedimental o conflictual, ya que el principio se podría utilizar como tal a nivel comunitario en un sistema de Seguridad Social comunitario, que no existe. Ni aún en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza de 7-8 dic. 00 (DOCE, C-354, 18 dic. 00) - que precisamente no se adoptó como instrumento vinculante por las obligaciones que conllevaba para los Estados – se recoge ese principio como derecho de los ciudadanos a la Seguridad Social o concretamente a la protección de la salud. El art. 34 establece: *1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social...que garantizan una protección en los casos como la maternidad, la enfermedad..., según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.*

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social...con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales.

El art. 35 más claramente establece: *Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por la legislaciones y prácticas nacionales.*

⁷ Ver Sentencia TJCE de 16 de marzo de 1978, asunto C- 117/77 (Pierik). “Política Social de la Comunidad Europea”. Jurisprudencia Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1995.Volumen 3. Tomo III, pags. 455 y sites.

⁸ En cuanto a los nuevos conceptos jurídicos que se crean con este sistema de coordinación, el propio art. 1º del Rgto. 1408/71 comienza haciendo su definición. “Estado competente” viene recogido en la letra q), se remite a “institución competente”, que en la letra o) recoge varias posibles definiciones siendo las más importantes las de los apartados i) – *a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones - e ii) – de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera...*-, definiciones relacionadas con unos de los principios comunitarios básicos, el principio de legislación aplicable única regulado en el art. 13 del Rgto. 1408/71. Importante también en la materia es el concepto de “residencia”, viene definido en términos escuetos en la letra h) – *estancia habitual* -. Habrá que acudir al TJCE para precisar su definición, que incluso podría tener algunas connotaciones diferentes según la materia de que se trate. Por ejemplo es importante la sentencia de 17 de febrero de 1977, asunto 76/76 (caso Di Paolo) en materia de desempleo, que veremos.

⁹ El Anexo 3 del Rgto. 574/72 establece las diferentes instituciones del lugar de residencia o del lugar de estancia a efectos de lo que resulta importante por algunos problemas que se plantean que luego veremos: ver sentencia antes referida del TJCE asunto 117/77 (Pierik).

¹⁰ Ver sentencia de 23 de noviembre de 1976. Asunto C- 40/76, caso Kermaschek

¹¹ Sentencia del TJCE de 5 de marzo. Asunto C-160/96.

¹² Libro “ La Seguridad Social de los trabajadores emigrantes en el Derecho Europeo”. Ministerio de Trabajo y Seg. Social, 1992, pag. 545.

¹³ Sentencia asunto 117/77 (Pierik) en sus fundamentos nº 14 y 17.

¹⁴ Sentencia de 28 de enero de 1984, asunto 286/82 (Luisi) y asunto 26/83 (Carbone); sentencia 20 de abril de 1998, asunto 120/95 (Decker) y sentencia de 28 de abril de 1998, asunto 158/96 (Kocll) y sentencias de 12 de julio de 2001, asunto 368/98 (Vanbraekel y otros) y asunto 157/99 (Smits y Peerbooms).

¹⁵ A salvo de opciones más radicales (armonización) el desarrollo del art. 42 del Tratado CE ha optado por la coordinación, luego la materia de Seguridad Social ha quedado en manos de los Estados, pero eso no impide que estos al regular la materia deban respetar el derecho comunitario -principio de primacía del Dcho. Comunitario- : ver sentencias dichas de los casos Kohll y Decker. Procede recordar también, como dice el propio TJCE, que es jurisprudencia reiterada que las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 60 del Tratado CE, la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios no puede excluir estas actividades del principio fundamental de libre circulación: ver fundamentos 47 a 59 de al sent. Smits y Peerbooms.

¹⁶ “ Reembolso de los gastos médicos realizados en Estados miembros de la Unión Europea” por José Luján Alcaraz. Aranzadi Social 1998.Vol.I, ver pag. 2572 final.

¹⁷ Ver la reiterada sentencia del asunto 117/77 (Pierik) donde en su fundamento nº 18 y el nº 4 del fallo establecen que la obligación, prevista en el apartado 2, párrafo 2, del art. 22, de conceder la autorización exigida en virtud del apartado 1,c), del mismo artículo, se extiende tanto al caso en que la asistencia dispensada en otro Estado miembro sea más eficaz que aquélla que puede disfrutar el interesado en el Estado miembro donde resida...; luego tampoco se puede denegar la autorización cuando no se trate de asistencia que figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia, sino otra, pero esta es más eficaz.

¹⁸ Así lo manifiesta entre otros autores Manuel R. Alarcón Caracuel. Libro nota 28, ver pag. 192 “ El reconocimiento a todos los españoles y extranjeros residentes del derecho a la asistencia sanitaria contenido en las normas mencionadas, que no es sino la traducción normati-

va ordinaria del mandato constitucional establecido en los arts. 43 y 49 del Texto Fundamental, no tendría que significar, necesariamente, el cambio o la derogación de las normas que en el sistema de Seguridad Social determinan quiénes son los sujetos protegidos frente a la contingencia de la alteración de la salud. La extensión de la protección podría por hipótesis realizarse perfectamente a través de sistemas públicos de cobertura paralelos a la que se presta en el ámbito de la Seguridad Social. No es ésta, sin embargo, la pretensión de la LGS (Ley General de Sanidad), cuya vocación unificadora queda patente no solo en las afirmaciones contenidas en el Preámbulo ...”.

¹⁹ Dice M^a Teresa Igartua Miró, aunque sin llegar tan lejos como nosotros proponemos, que “Una cosa es la desaparición de la autorización (indispensable sobre todo en algunos sistemas de Seguridad Social a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema) y otra una flexibilización en su concesión y un correcto control “a posteriori” sobre la adecuada fundamentación de su denegación.”. Gastos de hospitalización realizados en Estados Miembros de la Unión Europea. Aranzadi Social, 2001-III, pag. 3156.

²⁰ Entre otros M^a Teresa Igartua Miro en la obra dicha. pag. 3164.

²¹ Ver obra reseñada del autor Sean Van Raepenbusch- nota 6-, a su vez, su nota 26 en pag. 546.

²² Ver estudio “Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios” por José Luján Alcaraz en Aranzadi Social. 1998. Vol. I, pag. 2478.

²³ La sentencia del TJCE de 11 de junio de 1991, asunto 251/89 (caso Athanasopoulos – Torres Doña) en materia de prestaciones familiares – y teniendo ya como precedente la sentencia de 12 de junio de 1980, asunto 173/79 (caso Laterza) declaraba y reconocía un complemento en las prestaciones familiares para los titulares de pensiones consistente en la diferencia entre las prestaciones familiares inferiores del Estado de residencia y las prestaciones familiares superiores del Estado del que es titular de pensión y que debe pagar éste por los hijos del pensionista aunque no residan en ese Estado, incluidos los hijos nacidos después del que el titular trasladara su residencia e, incluso, cuando adquiere el derecho a pensión en ese Estado después de haber trasladado su residencia. Más aún, se ha entendido que esta sentencia basada en la aplicación de la ley más favorable afecta, no solo al importe de la prestación familiar, sino también a los condicionamientos del hijo o familiar por el que se es beneficiario y al mismo concepto de hijo o familiar: ver estudio del autor Manuel Rojas en Revista de Trabajo y Seguridad Social nº3. 1991, pag. 122.

²⁴ Ver supra páginas 89 y 91, sentencias del TJCE casos Coccioli y Testa, Maggio y Vitale , Di Conti, Van Haeren.

²⁵ Ver sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1976. Asunto 39/ 76 (caso Mouthaan) en su fundamento nº13 dice que de acuerdo con el noveno considerando del Rgto... el art.71.1.b) trata de asegurar al trabajador ...el derecho a las prestaciones por desempleo en las condiciones más favorables para la búsqueda de un nuevo empleo.

²⁶ Establece el Reglamento 1251/70 en su art.2º unos requisitos bastante exigentes para el ejercicio de ese derecho basados en tiempo de empleo y/o residencia. Lógicamente ese derecho se extiende también (art.3º) a los miembros de la familia. Se otorga un permiso de residencia de una validez mínima de 5 años y automáticamente renovable y, en cuanto a su alcance, implica una igualdad de trato respecto a los nacionales.

²⁷ Exigen también las directivas el requisito de autosuficiencia económica que en el caso de los pensionistas normalmente no debe ser problema, aunque en cierto modo está en contradicción con el criterio jurisprudencial flexible del TJCE respecto a los trabajadores (jurisprudencia asunto 53/81, sentencia de 23 de marzo de 1982 –caso Levin -) que admite dentro de

la libre circulación el empleado real y efectivo aunque sea a tiempo parcial e independientemente de los ingresos que perciba. Ver al respecto la autora Pérez de las Heras, Beatriz: “Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales”. Universidad de Deusto. Bilbao 1995.

²⁸ Ver en semejantes términos la opinión de la misma autora arriba reseñada. Mismo libro pags.160 y 161.

²⁹ El Reglamento 1408/71 está lleno de reglas de conflicto y de opciones en reglas de conflicto muchas de estas sin saberse bien cuál es la razón, o, al menos, donde parece que se opta por una como se podía haber optado por otra. Tenemos, por ejemplo la opción del supuesto que veremos a continuación donde se opta por la legislación del Estado ha que haya estado sometido en último lugar, como podía haber sido por la regla del prorrateo, sobre todo cuando se de la situación que recoge el último párrafo: resulten de la aplicación de la regla varias instituciones obligadas. En definitiva el sistema es muy complicado.

³⁰ Ver sentencia del TJCE de 12 de junio de 1986, asunto 302/84, (caso Ten Holder), sentencia de la misma fecha, asunto 1/85 (caso Miethe). Ver también lo dicho en nota 19 respecto de la sentencia del caso Athanasopoulos-Torres Doña puede ser de aplicación aquí.

³¹ Ver la sentencia del TJCE de fecha 31 de mayo de 1979, asunto 182/78, llamada caso Pierik (2) por ser continuación de anterior caso de la Sra. Pierik planteado el 30 de septiembre de 1977 y resuelto el 16 de marzo de 1978, asunto 117/77. Ahora incorpora el órgano jurisdiccional nacional tres nuevas cuestiones prejudiciales siendo precisamente una esta que aquí tratamos, la regulación de los supuestos de estancia fuera del Estado competente para los pensionistas por el art.31 del Rgto. o también por el art. 22. Dictamina el Tribunal (fund. 6) que el art. 31 regula los supuestos del derecho a las prestaciones en especie de los asegurados pensionistas cuando estas se hacen necesarias durante una estancia en Estado miembro, y dictamina (fallo 1) que el derecho a la autorización para desplazarse a un Estado miembro a recibir tratamiento adecuado viene regulado para estos mismos en el art. 22. 1, c) del Reglamento.

³² Régimen Especial de la Minería del Carbón creado en 1967 y que algún autor – Santiago González Ortega en libro conjunto reseñado en nota 15 “Compendio de Seguridad Social”, pag. 374 – entiende que no hay suficientes razones para mantener aún esta especialidad. Se entiende, por otro lado, que hay que acudir al campo de aplicación del Régimen Especial para ver los sujetos incluidos, que en este caso es un sector concreto de la minería: art. 2 del Decreto 298/73 de 8 de febrero

**REALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
(primera parte)**

Miguel Beltrán de Felipe
Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE

1. Intenciones
 2. La realidad punitiva en España: disfunciones y paradojas
 - 2.1 Algunos ejemplos
 - 2.2 La situación del poder sancionador en España
 3. Resumen de lo que se ha dicho sobre la Constitución y sobre el *ius puniendi* estatal
 4. La aplicación de los principios penales
 - 4.1 El principio de legalidad (*lex praevia*, reserva de ley)
 - 4.2 El principio de tipicidad (*lex certa*)
 - 4.3 La culpabilidad
 - 4.4 La presunción de inocencia
 - 4.5 La prohibición de doble castigo (*ne bis in idem*)
 - 4.6 El principio de proporcionalidad
 - 4.7 Un problema añadido: ¿qué es una sanción administrativa?
 5. Final
- Bibliografía

1. Intenciones

He escrito las páginas que siguen con la voluntad de que sean tan solo una *aproximación realista, crítica y problemática* a la situación actual del Derecho administrativo sancionador en España.

A) El sustantivo “aproximación” implica esencialmente que no voy a hacer un análisis en profundidad del sistema de sanciones administrativas. Mi pretensión es hacer un resumen, acaso meramente epidérmico o descriptivo, de lo que considero son algunos aspectos del derecho admi-

nistrativo sancionador¹. Bueno, en ocasiones la mera descripción de una realidad jurídica es una tarea muy compleja, y a veces la frontera entre “descripción” e “investigación” no está tan clara. En cualquier caso, debo advertir dos cosas. Una, que – en línea con los planteamientos más extendidos en la doctrina española reciente - me he fijado sobre todo en los aspectos constitucionales, particularmente en la aplicación o no a lo sancionador de los principios que, derivados de la CE, se aplican al Derecho penal. Y otra, que he dejado fuera los aspectos procedimentales de la potestad administrativa sancionadora, así como cuestiones importantes como la incidencia de la estructura territorial (Comunidades Autónomas) en el sistema sancionador.

Así que no voy a fijarme en el pasado más o menos inmediato que hemos tenido en España. Otros sí lo han hecho, para sostener, con razón, que habida cuenta de la situación existente hasta hace solo unos treinta años, el sistema sancionador administrativo actual es bastante aceptable. Del mismo modo, voy a hablar de las sanciones administrativas en España y de la Constitución Española, sin aludir a los imperativos – cada vez mayores – del Derecho europeo, ni al Derecho comparado. Así que tampoco quiero que cuanto digo se considere una verdad susceptible de ser exportada a otros países, o de ser tenida por válida en otros países. No está de más recordar la obviedad de que cada ordenamiento, cada Estado, y cada sociedad, tienen distintos condicionamientos históricos, políticos, sociales, etc. que hacen que los problemas no sean los mismos, y, que por encima de todo, las soluciones no sean intercambiables.

b) De los calificativos “realista, crítica y problemática”, sólo diré que he pretendido reflejar la realidad (o sea, mi visión de la realidad), que he pretendido criticar lo que me ha parecido criticable, y que he pretendido poner de manifiesto algunos problemas que a mi juicio se plantean en el Derecho administrativo sancionador español.

2. La realidad punitiva en España: disfunciones y paradojas

Voy a empezar haciendo una descripción de la situación actual del derecho sancionador administrativo en España. Para ello, voy a relatar algunas situaciones reales. Me refiero a que no son de mi invención sino que están extraídas de la jurisprudencia.

2.1 Algunos ejemplos

En la ciudad de Segovia, cerca de Madrid, un bar-cafetería estaba funcionando sin la preceptiva licencia de apertura. El Gobierno Civil (hoy Subdelegación del Gobierno) instruyó un expediente sancionador en aplicación del art. 23 d) de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana, que considera infracción grave “la apertura de establecimientos [...] careciendo de autorización o excediendo los límites de la misma”. Instruido el procedimiento, se dictó resolución de clausura del local, precisándose que “tendrá carácter indefinido hasta tanto se obtenga la preceptiva licencia de apertura del mismo, de conformidad con la legalidad vigente”. La propietaria del bar interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado, y luego fue en casación ante el Tribunal Supremo. Su argumento era la infracción del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la CE), porque la sanción que se impuso no está contemplada en el listado de la Ley Orgánica 1/1992, que sí prevé para las infracciones graves la clausura del establecimiento, pero la limita a un periodo máximo de seis meses. El Tribunal Supremo estimó el recurso y anuló la sanción impuesta².

¿Dónde está el error que determinó la infracción del art. 25.1 de la CE? Indudablemente, abrir un establecimiento sin licencia constituye infracción grave. De modo que la calificación de los hechos como infracción es correcta. Lo que no es correcto es la determinación de la sanción. Primero, porque la máxima prevista en la ley es de seis meses. Y segundo, y sobre todo: porque clausurar un establecimiento que carece de licencia no es una sanción administrativa. O puede no serlo, cuando como en el caso que estoy relatando se trataba de restablecer el orden jurídico indebidamente alterado. Para cerrar el local la Administración no tenía ninguna necesidad de abrir la compleja maquinaria del procedimiento sancionador, le bastaba con sus poderes de autotutela ejecutiva: se cierra el local hasta que obtenga licencia, y tal cosa no es en absoluto una sanción sino reponer las cosas al estado que legalmente correspondía³. Y acaso creyendo que su medida iba a tener más eficacia o poder intimidatorio, la Administración expresamente calificó el cierre como sanción. Pues he ahí el resultado: no sólo no tuvo más eficacia sino que tuvo menos, porque al final su medida fue anulada por menoscabar nada menos que la Constitución.

Pondré otro ejemplo, sobre el que volveré en el apartado 4.5⁴. Los mismos hechos (conducir bebido un vehículo a motor, y por ello dar positivo en una prueba de alcoholemia) dieron lugar a dos procedimientos, uno administrativo y otro penal. Las normas administrativas obligan a la Administración, cuando considere que unos hechos sometidos a expediente sancionador pueden ser constitutivos de delito, a suspender la tramitación del expediente y a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Pues bien, no lo hizo, y recayó sanción administrativa antes que la condena penal. La sanción no fue impugnada. En el momento del juicio ante el tribunal penal, el ciudadano – que ya había sido sancionado – alegó que ya no podía ser condenado penalmente, pues ello representaría un doble castigo constitucionalmente vedado (principio *ne bis in idem*). Pese a ello, el juez penal condenó, pero descontó de la multa la cantidad ya pagada en vía administrativa. La sentencia fue recurrida al Tribunal Constitucional por vulnerar la regla *ne bis in idem*. El Tribunal Constitucional, ¿debía anular la condena, porque efectivamente hubo un doble castigo? O más bien ¿debía mantenerla, por considerar o que no hubo tal duplicidad, o que en caso de haberla, no podía supeditar la jurisdicción penal a la Administración?

Estas son muestras de una situación no demasiado infrecuente. En realidad yo creo que reflejan un estado de cosas bastante patológico, o característico del Derecho administrativo sancionador español. A continuación voy a describirlo a grandes rasgos⁵.

2.2 La situación del poder sancionador en España

En España hay sectores en los que existe un alto nivel de certidumbre – en mi país le dicen también seguridad jurídica – en el funcionamiento real de las normas que los regulan. Pienso en lo civil o en lo mercantil: el tenedor de la letra sabe que tiene elevadísimas probabilidades de cobrarla, el heredero sabe que percibirá su herencia, y el acreedor hipotecario sabe que su crédito se acabará haciendo efectivo, lo mismo que los accionistas saben que su dividendo se cobrará (salvo que los órganos societarios dispongan lo contrario). Lo mismo ocurre en lo laboral: el empleador y el empleado saben el convenio colectivo se aplicará, aunque no lo hayan votado. También sabe el empleado que si los pedidos no lle-

gan, la empresa cerrará, y se quedará sin trabajo, y podrá saber de antemano qué cantidad exacta le corresponde percibir como prestación por desempleo. Generalmente, en España en los últimos treinta o cuarenta años las instituciones de la economía capitalista han ido perfeccionándose, de manera a garantizar un muy elevado nivel de certidumbre en el tráfico jurídico, por lo menos entre particulares. No así entre el poder público y los particulares. Ya se sabe que el Estado es un intruso en esto del mercado y en la circulación de capitales, de modo que al capital le importa el derecho bancario, de quiebras, o de sociedades, o la fe publica registral, pero le importa bastante menos que la Administración sancione o deje de sancionar las infracciones de tráfico, que pueda castigar al defraudador tributario, que pueda realmente castigar a los funcionarios que actúan mal, etc.

En cambio lo punitivo, lo penal, es el terreno de la duda. ¿Acusará el Fiscal? ¿Condenará el juez o el jurado? ¿Se aplicaran las innumerables atenuantes, eximentes, agravantes? ¿Irá el condenado a la cárcel? ¿Prescribirá el delito? ¿Llegará el indulto? Me he limitado a los ejemplos penales. Como en seguida veremos, en lo sancionador administrativo las incertidumbres son aun mayores.

En cualquier caso, llamo la atención sobre lo singular que resulta el hecho de que sea lo punitivo lo que más inestabilidad o impredecibilidad presente. El castigo público encarna, junto al uso de la fuerza pública, el monopolio de la violencia, del castigo y de la represión, y además protege valores colectivos. De modo que parece que el uso del poder castigador por las autoridades judiciales o administrativas debería tener precisamente las notas opuestas. O sea: ser armónico, racional y previsible, entre otras cosas para que los ciudadanos sepamos a qué atenernos y podamos acompañar nuestra conducta a los estándares represivos.

Sin duda, ello es más grave y preocupante en el ámbito penal que en el ámbito administrativo, pues aquél juega con la libertad de los ciudadanos, tutela los intereses considerados socialmente más importantes, y sus castigos son generalmente más severos. Pero téngase en cuenta que el código penal se aplica (bien por medio de apertura de diligencias por el Fiscal o por los jueces instructores, bien por medio de condenas) mucho

menos que las sanciones administrativas. Sólo las infracciones de tráfico que cada mes se tramitan, imponen o ejecutan exceden de largo el número de actos penales que mensualmente se practican. Téngase también en cuenta que cuando la sanción impuesta es impugnada judicialmente – y ello ocurre en España cada vez con mayor frecuencia - las reglas sancionadoras se aplican dos veces a los mismos hechos (en vía administrativa, para castigar, y en vía judicial, para verificar la legalidad del castigo).

La diferencia entre lo represor y las demás ramas del Derecho alcanza también a otro aspecto que a mi juicio no siempre se destaca suficientemente. Antes dije que la certeza en la aplicación de las normas de castigo (penal o administrativo) es mucho menor que la certeza en la aplicación de otras normas. Tal incertidumbre o inseguridad jurídica deriva derechamente de una circunstancia de capital importancia: la inflación de normas represivas (penales o administrativas). Es cierto que el crecimiento del Estado social, con infinidad de sectores sometidos a regulación o intervención pública, provoca inevitablemente que proliferen las leyes que prevén deberes de vigilancia y represión a cargo de la Administración (la clásica policía administrativa) y que establecen obligaciones y prohibiciones, y que en consecuencia exista, o pueda existir, un amplio aparato sancionador. Pero una cosa es que la complejidad de la vida moderna y la intervención de los poderes públicos expliquen un aumento de la vigilancia y del castigo, y otra muy distinta que la actual exageración punitiva esté justificada.

¿Exagera Nieto cuando escribe que "el repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras" (2002 : 25)? Habrá quien piense que sí, pero de lo que no cabe la menor duda es de la hipertrofia desmedida del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador. Las autoridades españolas (el legislador en particular, estatal o autonómico) parecen creer a pies juntillas en la capacidad salvífica de la ley en general, y de la ley penal en particular, ignorando el sencillo lema de aquél libro de Michel Crozier: *On ne change pas la société par décret* (Grasset, 1979). Para solucionar un problema no hay como hacer una ley, y en ella declarar contrario a Derecho un determinado comportamiento que se considera socialmente reprochable, y tipificarlo como infracción o como delito, estableciendo las correspondientes

consecuencias punitivas. Si el medio ambiente se deteriora, tipifiquemos en el código penal las conductas que lo menoscaben. Si los españoles maltratamos a nuestras mujeres, castíguese cada vez más cualquier maltrato verbal, físico, psicológico o de cualquier tipo. Si los productores o vendedores no respetan los derechos o intereses de los adquirentes, usuarios o consumidores, incluyamos en el código penal las infracciones – al menos las más graves – del llamado derecho del consumo. Si el número de trabajadores que fallecen por accidente laboral no para de aumentar, tipifíquese el delito contra la seguridad de higiene en el trabajo, y al año siguiente, en vista de que los obreros siguen muriendo, auméntese la pena para quienes les contratan. Y así podríamos seguir varias páginas⁶.

Llevando todo ello al código penal, la responsabilidad del político esta salvada, porque nadie le podrá decir que no reacciona con contundencia a un serio problema social. La culpa de que el problema no se resuelva ya no será suya, sino de quienes incumplen las leyes. Los demás ingredientes de la política de que se trate⁷ son medidas preventivas, a medio y largo plazo, que por lo general son desdeñadas o postergadas por los legisladores⁸. Incluso los componentes estrictamente penales o represores de la propia medida tipificadora se suelen a veces ignorar. Es decir, no hablo ya de prevención o de educación, hablo de política criminal concreta, en concreto de la vigilancia, del castigo para todos, y de la capacidad y la voluntad de la Administración y del poder judicial para ejecutar los dictados del legislador penal. Pondré un ejemplo posiblemente tosco de cómo en España la ejecución de la política criminal ha sido muy deficiente. El número de condenas penales en España por delito ambiental es irrisorio, lo cual parecería dar a entender que los ciudadanos y las empresas somos respetuosos con el medio ambiente. Nada más lejos de la realidad, claro.

Esta inflación represiva arrancó en España hace unos diez años. Invirtiendo la tendencia apreciada en las anteriores leyes penales (Ley Orgánica 3/1989, de reforma del código penal, que, en línea con las tendencias entonces imperantes en Europa estudiadas por Lozano, despenalizó muy limitadamente algunas conductas), el código penal de 1995 volvió a criminalizar gran número de ilícitos, dando lugar, como dice Caamaño (2003 : 30) a una “galopante inflación de normas penales”⁹. Naturalmente,

no voy a entrar ahora en las causas, ni en las consecuencias, de una política legislativa penal que considero un disparate¹⁰. Voy a limitarme a señalar algunos efectos que ello tuvo sobre lo sancionador administrativo: la duplicidad de castigo, que según Cid (1996 : 167) se da, entre otros, en la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, la calidad del consumo, el medio ambiente y la Hacienda pública.

La criminalización en el código penal de 1995 de muchas conductas que también son ilícitos administrativos se explica por una situación bastante peculiar. Los mecanismos administrativos de vigilancia del cumplimiento de ciertas leyes (normas urbanísticas, funcionariales, demaniales, ambientales, y en menor medida presupuestarias) no estaban funcionando, en parte por incapacidad material, técnica o económica de las Administraciones para vigilar y castigar, en parte por la tolerancia más o menos abierta para con la conducta infractora¹¹. De modo que el sistema sancionador administrativo no servía para lo que se supone que debía servir, o sólo servía a medias. Quien quiera que conozca mínimamente, por ejemplo, la generalización del incumplimiento de la normativa urbanística española sabe a lo que me estoy refiriendo. Así que, ante el fracaso de los mecanismos de control y sanción administrativa, los legisladores pensaron que la solución estaba en crear un sistema paralelo de castigo penal. Nadie se opuso a ello, claro: ¿Cómo iba a nadie a oponerse a establecer un delito ambiental, un delito urbanístico, o incluso a reforzar la aplicación de la olvidada prevaricación administrativa?

El resultado está a la vista, al menos en cuanto a la cantidad de condenas por delito ambiental a las que ya me he referido. Si se pregunta a los ciudadanos, o a los juristas, si la situación del medio ambiente (acústico, urbano, natural) ha mejorado o empeorado tras la criminalización ambiental, dirán en general que no. Y lo mismo en relación con el urbanismo (preguntados por ello, tal vez reaccionen con un sarcasmo). Y entre personas próximas a la función pública (funcionarios, politólogos, juristas, sindicalistas), con mayor información por razón de su trabajo, la respuesta posiblemente sería más contundente en el sentido de dudar de la efectividad del castigo penal. Es verdad que en ciertos casos sí ha habido condenas. Algunos alcaldes de ciudades medianas (Burgos, Córdoba) y de pueblos importantes (Pinto) fueron condenados por prevaricación en mate-

ria urbanística o funcionarial. Sin duda las irregularidades habían existido, como no, pues los administradores públicos, como los demás ciudadanos, incumplen las leyes con gran frecuencia. Basta que el incumplimiento o ilegalidad sea grave, que el funcionario tuviese conocimiento de que estaba cometiendo una posible ilegalidad (pues conocía las dudas de que la resolución fuese ajustada a Derecho), y un juez penal con ganas de ejemplarizar, y entonces ya tenemos al funcionario condenado por prevaricación. De manera que hubo ilegalidades, y el castigo penal llegó. La ley se ha aplicado con todo su rigor. Todos contentos. Lo que pasa es que a consecuencia de esta tendencia la sombra del Ministerio Fiscal planea – justificadamente o no – sobre los millones de funcionarios que todos los días firman resoluciones administrativas en las que, como es frecuente, pueda detectarse algún tipo de ilegalidad. Habremos metido a funcionarios en la cárcel, pero con absoluta seguridad no hay en España cárceles suficientes para recluir todos los funcionarios a los que, como sería esperable, se aplicase la misma severidad (y posiblemente la severidad no contribuya a que la Administración funcione mejor). Son los efectos perversos de usar las cosas de un modo distinto, y con una finalidad distinta, al que deberían tener.

Hay quien ha visto en esta paranoia criminalizadora consecuencias constitucionales¹². Como no es el momento, ni es tampoco mi intención, entrar en análisis jurídico-constitucionales sobre el castigo penal, sólo me voy a centrar en algo que ya quedó apuntado¹³. La criminalización de conductas que también son infracciones administrativas, o sea, la doble tipificación, plantea el problema de cómo evitar incurrir en duplicidad del castigo (*bis in idem*), duplicidad que según el Tribunal Constitucional está vedada por la Constitución. Sobre ello diré algo más adelante, pero quede ahora apuntado que el sistema autonómico español es una de las claves. Contrariamente a la mayoría de los Estados federales, en España las Comunidades Autónomas no tienen código penal ni acusación penal¹⁴, de modo que cuando los gobernantes regionales han querido castigar conductas, no han dispuesto de la herramienta penal, y por tanto todo el esfuerzo represor se ha tenido que centrar en lo administrativo. Súmese a ello que prácticamente todos los servicios públicos, prestacionales o no, están por lo menos a nivel legislativo en manos de las Comunidades Autónomas, y que la técnica del código penal de 1995 para tipificar delitos

relacionados con la Administración era la remisión o norma penal en blanco, y entonces puede que se comprenda mejor la magnitud del problema del *bis in idem*.¹⁵

Recapitulando lo dicho hasta aquí: en España asistimos a un aumento muy llamativo de las leyes represivas (penales, administrativas, o ambas), dando lugar a una gigantesca inflación normativa. Ahora bien, tal enorme masa de tipos penales o administrativos puede aplicarse o puede no aplicarse. Si se aplica, malo. Porque se supone que lo represivo es la *ultima ratio* del Derecho, de manera que no es que sea la prevención general lo que no funciona, es que los demás mecanismos de control político, social y jurídico han fallado antes. Y malo, sobre todo, porque ello es señal de que el número de infractores es elevadísimo, y eso no es lo deseable en una sociedad. Pero por lo menos el Estado de Derecho funcionaría, en el sentido de que las leyes se aplican (y acaso hasta se aplicarían a todos por igual). Pero, por el contrario, si los millares de tipificaciones penales o administrativas no se aplican, malo también. Claro que las leyes represivas penales o administrativas pueden no aplicarse sencillamente porque no se producen infracciones. Dejando de lado esta hipótesis de cuento de hadas¹⁶, digo que es malo que dichas leyes no se apliquen: porque las infracciones siguen produciéndose, pero quedan impunes, por lo menos para la mayoría, con el consiguiente descrédito del Estado.

Cuando los tipos penales o sancionadores no se aplican, o se aplican poco, el castigo existe, ciertamente, pero en proporción minúscula respecto de las infracciones, y en cualquier caso existe para algunos más que para otros, o para unos sí y para otros no. Cualquiera que conozca mínimamente la realidad española sabe que existen sectores enteros en los que el castigo es prácticamente inexistente (o lo es no en términos absolutos sino en relación con el número o la entidad de las infracciones). Eso trae consigo lo que antes dije: el desprestigio del Derecho como mecanismo de regulación social, la inexistencia de prevención general, etc. Trae también consigo lo que Nieto ha llamado "la arbitrariedad en la persecución" (2002 : 25). Las autoridades tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes, y es verdad que de vez en cuando castigan a los infractores. Pero no a todos, claro, sólo a unos pocos, que ven como son castigados mientras al de al lado, igualmente infractor, se le deja tranquilo. La

tolerancia o inoperancia administrativa, y el consiguiente castigo sólo de unos pocos, son escandalosos en algunos sectores.

Curiosamente, suelen ser los sectores en los que más énfasis ponen las autoridades respecto de luchar contra la ilegalidad (y para ello previamente habían llenado el ordenamiento de tipos sancionadores). Me refiero a la inmigración ilegal, y al trabajo ilegal (economía sumergida, en negro, o como se la quiera llamar). A la piratería audiovisual, que combina la infracción de la propiedad intelectual con la infracción de las leyes laborales y de inmigración, pues quienes se dedican a ella suelen ser extranjeros en situación irregular. Al derecho de aguas, en el que coexisten las faraónicas – y posiblemente inútiles – obras hidráulicas con el incumplimiento generalizado de las reglas sobre aprovechamientos (en zonas como La Mancha hay miles de pozos ilegales, y todo el mundo sabe cuáles son y donde están). Al medio ambiente, único ámbito en el que la CE permite expresamente – no las exige - la presencia de sanciones administrativas, en cuya ingente normativa sancionadora se aprecian “unas dosis muy elevadas de inaplicación” (Peñalver 2005 : 175). Al urbanismo, que aparece destacadísimo en todos los estudios sociológicos o jurídicos sobre incumplimiento continuado y sistemático de las leyes. Y como subgénero del urbanismo, algo a lo que los españoles somos masoquistamente aficionados: la compra de una vivienda, con dinero blanco, negro, gris o de otros colores, ya sea la vivienda legal o ilegal, ya esté o no en el tráfico jurídico – por hallarse sometida a un régimen de protección pública. Me estoy refiriendo también al respeto de los horarios de apertura y cierre de establecimientos de hostelería, y a que cumplan las normas de contaminación acústica¹⁷. Y al tráfico rodado y de peatones. Y a la tenencia de animales domésticos (perros de razas peligrosas, por ejemplo).

La situación es llamativa, y escandalosa, pero no es nueva en España. El desfase entre la ley punitiva y su aplicación (o sea, entre norma y realidad) ni es exclusiva de las sanciones administrativas, ni es exclusiva de España.

Nada parece poder hacerse ante la “arbitrariedad en la persecución”: si la Administración sanciona a una persona pero no a otra, entonces se supone que al sancionar cumple con su deber, y su conducta es

irreprochable. Jurídicamente irreprochable porque el sancionado no podrá alegar trato discriminatorio o arbitrario, pues en el Derecho administrativo y en el Derecho constitucional españoles (interpretando el derecho a la igualdad del art. 14 de la CE) es doctrina establecida que la igualdad en la ilegalidad no es válidamente alegable, y por consiguiente no da derecho al infractor a no ser sancionado. Tampoco da derecho a que se sancione asimismo a los demás infractores. Porque si la Administración no sanciona (incluso cuando se le acredita que la infracción existe) no se le puede obligar a sancionar, ni puede sancionar el juez en su lugar. Tecnicismos administrativos como la potestad discrecional, el carácter puramente informativo de las denuncias, etc., o la inexistencia de un mecanismo procesal que repare la inactividad sancionadora, incluso en casos evidentes¹⁸, obstaculizan, y en la práctica impiden, que los ciudadanos, o que eventualmente otras Administraciones, puedan reaccionar cuando una autoridad no ejerce su competencia sancionadora o la ejerce arbitrariamente.

Tales mecanismos administrativos, uno por uno considerados, tienen sin duda debida justificación. Bueno, algunos no tanto (me refiero a que en muchos casos no está justificado que el denunciante no sea considerado interesado o parte en el procedimiento sancionador). Pero conjuntamente valorados, y ante la situación de incumplimiento por la Administración de su deber de vigilancia y de sanción, terminan siendo un útil escudo tras el que se parapeta, y se refuerza legalmente, la desidia o la arbitrariedad administrativa. La inutilidad de las denuncias es manifiesta, pues no otorgan al denunciante casi ningún derecho procedimental ni sustantivo. Sólo suelen tener relevancia cuando se produce alguna catástrofe o accidente, y se exige a la Administración responsabilidad civil o penal: si previamente existían denuncias de que tal cosa podía ocurrir, y la Administración no puso los medios para remediarlo, es muy posible que los Tribunales declaren la responsabilidad reclamada¹⁹.

Siguiendo con la aleatoriedad del castigo, me interesa mencionar que no es infrecuente que el *ius puniendi* administrativo - y en ocasiones también el penal - se use como arma política, es decir, con el fin de castigar al adversario político (que posiblemente antes lo haya utilizado contra quien ahora, desde el poder, se toma la revancha). De esta manera los partidos "destapan" la corrupción o las ilegalidades administrativas ajenas,

y en ocasiones incluso antes de haber recurrido a los mecanismos políticos o administrativos ordinarios (interpelaciones, mociones de censura, revisión de oficio de resoluciones, etc.). Los casos del urbanismo, de la función pública, del manejo de las cuentas públicas²⁰, son los más frecuentes en los que se da este fenómeno. La excusa es perfecta, y el mecanismo legalmente intachable, pues casi siempre que se busca se suele encontrar alguna irregularidad o ilegalidad en el adversario político (en realidad en cualquier ciudadano), y tal ilegalidad, si se indaga debidamente en el proceloso ordenamiento sancionador o en el código penal, termina por ser constitutiva de algún tipo de infracción. Cuando así se hace, los poderes públicos reaccionan diligentes contra la infracción, y, naturalmente, en absoluto persiguen la *vendetta* política sino que sólo miran por el recto cumplimiento de las leyes y por el restablecimiento de las cosas a su debido orden.

Esta práctica es viciosa, claro, pero puede que no mucho más de lo que lo es el uso partidista del Ministerio Fiscal. Reiterando lo ya dicho, téngase en cuenta que sólo el Gobierno del Estado dispone de la poderosísima herramienta de la acusación penal pública, de modo que los demás Gobiernos (autonómicos y locales) tienen que recurrir en exclusiva a la amenaza de castigo administrativo²¹. En ocasiones la apertura de diligencias y de expedientes sancionadores contra el adversario se considera un mecanismo demasiado burdo, o puede implicar consecuencias contraproducentes, y entonces la venganza sancionadora se encauza por el camino de la acción popular o pública, o de la denuncia de particulares.

Hasta aquí la caracterización del sistema sancionador que actualmente existe en España. Creo que pone de manifiesto que el camino emprendido por el legislador español (estatal, en el código penal, y autonómico, al hacer leyes y reglamentos) de tipificar como delito, falta o infracción administrativa un elevadísimo número de conductas, y de duplicar los castigos, es contraproducente y carece en la mayoría de los casos de sentido. La opción seguida por la Administración²² de desatender la aplicación de las normas sancionadoras, o de aplicarlas selectivamente conforme a criterios desconocidos, además de estar muy lejos de cualquier idea de justicia, es socialmente regresiva, y jurídicamente incompatible con la idea de igualdad o con la equidad²³.

De todas las maneras, que las leyes represoras administrativas se apliquen poco no tiene nada de sorprendente, habida cuenta de la arraigada tradición española de incumplir las leyes. Y de tolerancia con el incumplimiento, claro. No sólo se incumplen las leyes sancionadoras, se incumplen muchas más. La propia Administración vive en muchas ocasiones al margen de la ley. No sólo incumpléndola (como es conocido, una huelga de celo de los funcionarios, que de pronto aplicasen todas las leyes, paralizaría toda la actividad administrativa), sino a veces, tal y como ya señalé, cometiendo infracciones. Ello con la aprobación del ciudadano, que naturalmente quiere que se castigue a los demás, pero no quiere que la ley se le aplique a él²⁴, y suele pensar que si la Administración incumple, no debe ser demasiado grave que él también lo haga.

Finalmente, en relación con mi visión de los mecanismos sancionadores, es obvio que he elegido los ejemplos más llamativos. Pero por supuesto que hay muchos, muchísimos más casos en los que las cosas funcionan razonablemente bien. En realidad, adelantándome a una posible crítica, habrá quien no considere correctos los ejemplos que he puesto, y habrá quien discrepe de cómo he descrito la situación actual del sistema español de sanciones administrativas. Lo primero, por haber seleccionado los casos más llamativos y excepcionales, o los puntos de ruptura del sistema, de manera que me habría fijado más en las (poquísimas) excepciones que en la pauta general de funcionamiento correcto, armónico y razonable del sistema. Y lo segundo, por haber exagerado las características perversas o por haber caricaturizado un modelo hasta hacerlo irreconocible. O sea, que habría tomado la parte por el todo, habría convertido la excepción en regla, y mi descripción no tendría demasiado que ver con la realidad.

Sin duda, a la hora de la investigación y la docencia, cada quien es libre de fijarse en lo que considere más representativo, más interesante, más digno de ser estudiado. Y es también evidente que ningún sistema jurídico o represivo es perfecto. Ya dije que junto a los casos y patologías de mal funcionamiento hay otros muchos en los que los engranajes funcionan correctamente. Pero creo que poner de manifiesto los fallos del sistema, además de contribuir a la higiene personal y colectiva, puede también contribuir a mejorarlo. De cualquier manera, no me parece que la mía

sea una caracterización en exceso alarmista, crítica o negativa. Pero admito que pueda pensarse lo contrario²⁵.

3. Resumen de lo que se ha dicho sobre la Constitución y sobre el *ius puniendi* estatal

Paralelamente a los paulatinos procesos de criminalización y de aumento de las infracciones y sanciones administrativas, desde hace unos treinta años en España venimos dándole vueltas a algo que viene condicionando muchísimo la caracterización constitucional y legislativa del sistema represivo administrativo. Se trata de lo siguiente: preguntarse la relación del castigo administrativo con el castigo penal, para concluir con casi completa unanimidad que ambos son manifestaciones de una misma cosa, el *ius puniendi* estatal o público, o poder de incriminación, que habría sido elevado a rango constitucional en 1978. Hasta entonces, acaso hasta unos pocos años antes, la duda apenas se planteaba. Lo punitivo-administrativo vivía al margen de lo punitivo-penal, y se concebía como una más de las herramientas o potestades administrativas, junto a la potestad reglamentaria, tributaria, de revisión de oficio, de ejecución forzosa, etc. Naturalmente, los principios y la dogmática penal tradicional no se le aplicaban²⁶. Pero el texto constitucional de 1978, en varios momentos y singularmente en su artículo 25, reconoció expresamente la existencia de una potestad sancionadora administrativa, en contra de la opinión de algunos constituyentes. Me estoy refiriendo al senador y catedrático de Derecho administrativo Lorenzo Martín-Retortillo, quien a la vista de la experiencia de la dictadura del General Franco, consideraba “peligroso” e “innecesario” reconocer nada menos que en la Constitución el poder sancionador. A renglón seguido, y como consecuencia de la aparente equiparación entre lo penal y lo sancionador del art. 25.1 de la CE, tanto los autores como la jurisprudencia constitucional englobaron a ambas cosas, a lo penal y a lo sancionador, en un mismo sistema represivo, del que serían manifestaciones sometidas al mismo conjunto de principios. Así lo dijo el Tribunal Supremo desde el año 1980, el Tribunal Constitucional desde 1981, y la más importante doctrina administrativa desde algunos años antes - me refiero en particular al Prof. García de Enterría²⁷.

De modo que el Estado tendría un único orden superior destinado a la represión y al castigo, el llamado *ius puniendi*, al que le son de apli-

cación todo el arsenal de principios y reglas del Derecho penal desde Beccaria en adelante. Esta unidad punitiva, junto a la falta de criterios sustantivos para diferenciar entre uno y otro tipo de castigo (penal y administrativo) hace que, como ha señalado Caamaño (2003 : 53 a 66), el legislador sea libre de establecer castigos penales para proteger bienes jurídicos (constitucionalizados o no) o de no hacerlo. El que la Constitución reconozca, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 15), al honor (art. 18), a la propiedad (art. 33) en absoluto obliga al legislador a castigar penalmente a quien mate, difame, robe o hurte²⁸. Pese a una famosa doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán del año 1975, no hay nada parecido a un mandato constitucional de penalización (ni tampoco un derecho fundamental a que el legislador proteja penalmente un determinado bien, interés o principio, ni a que los tribunales condenen a otra persona).

A esta libertad configurativa del legislador podría objetarse que la Constitución, en dos momentos y respecto de dos bienes o intereses distintos, parece reclamar del legislador una protección sancionadora o penal determinada, excluyendo por tanto la decisión de no castigar las conductas que contravengan aquellos. En efecto, el art. 45 de la CE, en su apartado 3, parece obligar al legislador, y de manera categórica, a “establecer sanciones penales o en su caso administrativas” para quienes atenten contra el medio ambiente, y el art. 46 de la CE parece obligar a hacer lo mismo, pero esta vez con castigos penales para los atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico. Al margen de cosas relativamente menores como la absurda redacción del art. 45.2 de la CE (entendido en su sentido lato o normal, a lo que queda obligado el legislador es a castigar a quienes impidan a los poderes públicos “velar por la utilización racional... etc.”), no es posible interpretar que estas dos menciones obligan al castigo penal o administrativo y que, en sentido contrario, cuando no haya tales menciones el legislador será libre de castigar o no castigar. Porque ello significaría que para el constituyente los valores ambientales o históricos serían más importantes que la vida, la igualdad, la libertad, la dignidad, al haber establecido expresamente tutela penal para aquellos y no para estos. Tampoco es válida la tesis de que si están protegidos desde el punto de vista penal el medio ambiente o el patrimonio histórico, aun más han de estarlo otros derechos y valores constitucionales más importantes, porque “si la Constitución no menciona expresamente la obligación de proteger

penalmente los demás derechos fundamentales y bienes constitucionalmente relevantes, ello obedece a la circunstancia de que históricamente estaban ya protegidos (la vida, la libertad, la propiedad), por lo que, en cierto modo, la garantía penal se asume implícitamente como algo incontestable y necesario” (Caamaño 2003 : 46). Así que el mandato de protección de los arts. 45 y 46 de la CE obligarían a extender la protección penal a todos aquellos valores y derechos que fuesen, supuestamente, de importancia mayor o equivalente. Y tal cosa no es posible. Como bien señala Prieto, los arts. 45 y 46 de la CE no aclaran sino que enturbian la cuestión, pues de ellos no cabe deducir ningún orden de valores protegibles penalmente (y prácticamente tampoco cabe deducir, por consecuencia lógica, real obligación de tutela penal de esos valores y sólo de esos valores)²⁹, en cuyo caso tenemos la paradoja de que el deseo de protección penal específica expresado por el constituyente termina en realidad por no ser en absoluto practicable. En palabras de Prieto,

“no hay razón para sostener que algunos valores deban, y otros no, ser acreedores a la tutela penal. Además, la Constitución no resuelve, ni es su misión hacerlo, un problema central de la incriminación, que es el tipo o grado de afectación del bien jurídico [...] Suponer que todo aquello que en la Constitución se propone como valioso ha de gozar de protección penal es exigir demasiado, y convertiría esa protección en un instrumento ‘obligado’ de política legislativa, con lo cual la idea del bien jurídico, en lugar de desempeñar una función limitadora del Derecho penal, se convertiría en una invitación permanente a la incriminación” (Prieto 2003 : 280 – 281)

Así que si el legislador, si quiere castigar una determinada conducta, es en principio libre de ponerla en uno u otro cesto (en el cesto del código penal o en el cesto de las infracciones y sanciones administrativas)³⁰, pero no es libre de descartar los principios que, por ser inherentes al *ius puniendi*, van a aplicarse a la imposición de ambos tipos de castigo.

Ello es un cambio radical en la concepción del Derecho sancionador administrativo, que hasta entonces había vivido tranquilamente al margen del mundo de lo penal. De pronto, el legislador al hacer leyes administrativas, y la Administración al aplicarlas, iban a tener que vérselas nada

menos que con las reglas penales. Como (casi) todo el mundo percibía que ello iba a plantear problemas no sólo dogmáticos sino sobre todo prácticos, o si se prefiere de eficacia administrativa, en seguida se dijo que los principios penales regían con limitaciones o excepciones.

“Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho sancionador, ya que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia CE (art. 25) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o con técnicas penales” (STC 18/1981. El subrayado es mío).

Estoy bastante de acuerdo en que el *ius puniendi* del poder público es esencialmente – constitucionalmente – uno, y en que el legislador en cada momento lo acomoda o encauza por la vía penal o por la vía administrativa según su conveniencia. La CE no establece ningún criterio que permita distinguir ambos tipos de castigo (salvo, evidentemente, la prohibición para la Administración civil de imponer sanciones de prisión, y también la finalidad reeducadora del castigo penal), y por consiguiente “no es constitucionalmente posible diferenciar entre el ilícito penal y el ilícito administrativo” (Caamaño 2003 : 118). Dicho de otro modo, “la Constitución de 1978 ha mantenido en el art. 25, dándole por vez primera rango constitucional, la potestad administrativa de sancionar, sin ofrecer ningún criterio objetivo para distribuirse el campo con el *ius puniendi* que se articula a través de procedimientos judiciales” (García de Enterría – Fernández Rodríguez 2004 : 165). De la rebaja o del alza del listón que, en función de la cuantía de lo defraudado, separa el delito fiscal de la infracción tributaria no debe deducirse que una y otra cosa pertenecen a mundos distintos. De la criminalización de conductas que también constituyen infracciones administrativas, como ocurre con el medio ambiente, el urbanismo, el consumo, la seguridad social – y la otra – de los trabajadores, etc. no debe deducirse que se trata de dos tipos de castigo conceptualmente distintos. Como se ha dicho muchas veces, todos los intentos doctrinales y jurisprudenciales por distinguir cualitativamente los ilícitos penal y administrativo han fracasado. En palabras, de nuevo, de García de Enterría y Fernández Rodríguez (2004, 166): “No parece haber base alguna para distinguir por

su naturaleza las sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de estas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado³¹. Así, de la Constitución sólo es posible extraer dos diferencias entre una y otra cosa: la ya aludida prohibición de sanciones de prisión por las autoridades civiles y la “reeducación y reinserción social” como orientación de los castigos del Código Penal.

Que, como dicen casi todos los autores (García de Enterría – Fernández Rodríguez, Suay³², Caamaño³³), haya sólo un *ius puniendi* plantea el problema de si la diferencia procedimental de cómo se ejerce ese castigo es o no relevante. Para Caamaño sí lo es: como “la distinción entre ambas clases de ilícitos no obedece a los diferentes bienes jurídicos respectivamente protegidos”, entonces la diferencia está en “el modo cualitativamente diverso mediante el cual son protegidos, según se incardinan en uno u otro mecanismo de tutela, penal o administrativo. De este modo, la incidencia de la Constitución sobre el legislador no es material sino de naturaleza procedimental, en el sentido de imponer la garantía judicial (art. 117.3 de la CE) en la determinación misma de la pena” (Caamaño 2003 : 124)³⁴. En realidad este condicionamiento no es demasiado severo, pues la CE, salvo la prohibición de que la Administración castigue con la privación de libertad, no predetermina que deba considerarse “castigo penal” o “pena”, de modo que al legislador le basta con designar “pena” o “sanción” una cosa para atribuir su imposición procedimental a la Administración o a los jueces. Pero en cualquier caso el legislador, una vez que opta por el castigo penal o por el castigo administrativo, establece el marco legal – en realidad constitucional – de separación entre una cosa y otra: “La decisión normativa del legislador, correcta o no, mientras no sea cambiada, obliga al procedimiento de garantía, bien sea el penal, bien sea el administrativo sancionador” (Caamaño 2003 : 125).

Ello es cierto, claro, pero entonces lo que no encaja del todo es que a veces los jueces se salten ese reparto de funciones. Como diré más adelante (apartado 4.1 *in fine*), cuando los jueces no sólo verifican la legalidad de la sanción impuesta, sino que buscan una cobertura legal para la misma y, pese que no había tal cobertura, acaban por encontrar una y por

confirmar la validez de la sanción, probablemente se están saliendo de su misión constitucional. Salvo acaso en vigilancia penitenciaria, no es a los jueces a quienes el ordenamiento han encargado la misión de imponer sanciones (o de reconstruir el proceso sancionador). Es cierto que la teoría de Caamaño es una teoría procedimental (y no de funciones constitucionales), y que alude a la garantía penal (sólo imponen penas los jueces, no pudiéndolo hacer la Administración, de modo que parecería que nada impediría que los jueces impusieran sanciones administrativas). Pero la confusión de planos que se produce cuando es el juez quien busca y encuentra un fundamento legal para la sanción impuesta por la Administración me parece muy perturbadora.

También me parece en principio bien que, como señala Nieto (2002 : 82), a la elevación a rango constitucional de lo sancionador administrativo haya seguido un reforzamiento de las garantías del ciudadano frente a esta potestad potencialmente ilimitada (o por lo menos tan ilimitada como la tipificación penal). Es lógico que una cosa conlleve la otra.

Lo que ocurre es que el resultado de todos estos cambios es incierto. Probablemente no importe demasiado que, desde el punto de vista conceptual, no esté muy claro eso del *ius puniendi* uno y sólo uno³⁵. Como materia de estudio teórico para penalistas, constitucionalistas, administrativistas, etc. seguro que es muy interesante, pero el aplicador del derecho, o el redactor de las leyes, pueden darlo por bueno sin mayor complicación. El problema está precisamente en el manejo diario de ese enorme amasijo de leyes penales y administrativas que tipifican delitos, faltas e infracciones y prevén medidas de seguridad, penas y todo tipo de sanciones administrativas. Ya que teóricamente todo ello responde a un mismo poder o potestad de las autoridades (*el ius puniendi*), su aplicación se rige por los mismos principios, según señaló el Tribunal Constitucional desde 1981. Ahora bien: en seguida surgen dos preguntas

1. ¿Qué principios?
2. ¿Se aplican por igual a lo penal y a lo administrativo?

La respuesta, para el Tribunal Constitucional y para muchos autores, no es complicada.

1. Los principios que la Constitución establece para el ámbito penal.
2. No, su aplicación es íntegra en lo penal pero “matizada” en lo administrativo.

Sobre lo primero apenas hay discusión. El Tribunal Constitucional ha ido desentrañando de la CE (singularmente de los arts. 9.3, 24 y 25) una super estructura de principios penales³⁶. Algunos de estos principios están literalmente escritos en la Constitución (irretroactividad, legalidad), otros podían más o menos deducirse sin retorcer demasiado su texto (taxatividad, tipicidad) y otros sencillamente no estaban (*ne bis in idem*, proporcionalidad). Caamaño escribe (2003 : 128) que los penalistas españoles se propusieron, y lo consiguieron, “llevar al art. 25 de la CE una concepción material del principio de legalidad, con la sana intención de incluir en el contenido de este derecho fundamental otros principios de garantía (tipicidad, culpabilidad, lesividad, punibilidad...) propios del ordenamiento penal”. Como señala este mismo autor, la situación dista mucho de ser satisfactoria desde el punto de vista filosófico o dogmático. La inflación del art. 25.1 de la CE, que como he dicho se ve sometido a una fuerte presión dogmática para recoger la gran mayoría del Derecho penal, tiene en lo que ahora interesa una consecuencia muy importante. Si decimos que los principios penales derivados del art. 25.1 de la CE son como regla general aplicables a lo administrativo, estamos diciendo que se aplican los principios, pero no todas y cada una de las reglas del Código Penal. Porque una cosa es exigir el principio de legalidad o de tipicidad o de culpabilidad, y otra muy distinta es exigir la aplicación de las atenuantes, eximentes, agravantes, o del error de prohibición, etc. Pero esto, que parecería estar bastante claro y no plantear demasiados problemas, a la hora de ser llevado a la práctica sí es muy complicado. Y pondré sólo un ejemplo: la aplicación a lo sancionador del principio de culpabilidad ¿implica también la aplicación del error de prohibición o del error invencible?³⁷ ¿Implica que han de tenerse en cuenta las formas de autoría como la inducción, la coautoría, etc.? Y más: las formas imperfectas de acción delictiva o de comisión (inducción, tentativa, delito frustrado, delito imposible) ¿se aplican a lo administrativo?

Lo que quiero decir es que a medida que se va llevando casi todo el Derecho penal al art. 25.1 de la CE, se meten indirectamente o de rebo-

te principios y reglas penales en lo sancionador. Y se incrementan las garantías del ciudadano y se dificulta la capacidad sancionadora de la Administración. Y yo no sé si todo el mundo es consciente de esto³⁸. Tal vez no encaje con la política administrativa del legislador (en el caso de que tenga alguna). Y además encuentra grandes obstáculos prácticos³⁹, y plantea a los juristas muchos problemas para explicar realidades que no tienen más que una explicación dogmática⁴⁰. En realidad, desde el punto de vista práctico, casi nadie se queja de que el exceso de principios penales y de garantías sustantivas y procedimentales habría limitado en demasía el necesario margen de maniobra del legislador administrativo. Pero el caso es que funcionamos relativamente bien y, en este aspecto de reconstrucción de un sistema penal y sancionador moderno, España se ha homologado a los demás países europeos con tradición democrática y con un Estado de Derecho asentado.

Es lo segundo – la traslación de los principios penales a lo administrativo - lo que más me interesa ahora. Porque el Tribunal Constitucional, tras decir que los principios constitucional-penales se aplican “con matices” a lo sancionador, nunca ha dicho cuáles eran esos matices⁴¹. O nunca lo ha dicho con un nivel suficiente de precisión o de concreción. Probablemente por puro realismo, en la década de 1990 habló sin embargo de “cautelos”, pero para referirse no a los principios del art. 25.1 de la CE sino a los derechos procesales y sustantivos del art. 24.2 de la CE:

“Este Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador las garantías esenciales reflejadas en el art. 24.2 de la CE en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, pues esta operación no puede hacerse de forma automática, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento. De modo que la aplicación de dichas garantías a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, fundamento jurídico 2.; 29/1989, funda-

mento jurídico 6.; 22/1990, fundamento jurídico 4.; 246/1991, fundamento jurídico 2., entre otras)” (STC 197/1995).

En 1996 Cid (1996 : 157) recogía un listado de derechos y garantías penales que sí eran “compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador”: derechos a ser informado del ilícito imputado, a contestar a la imputación y a proponer pruebas, a tener asistencia letrada, a no ser sancionado por ilícito y con sanción distintos a los imputados y debatidos en el procedimiento, a no ser sancionado sin actividad probatoria, a que la sanción no se ejecute sin que un tribunal se pronuncie sobre su suspensión cautelar, y finalmente a la impugnación en vía jurisdiccional de la sanción.

La STC 126/2005 reitera en su FJ 2º la aplicación modulada del art. 24.2 de la CE: “Este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, ha reiterado que las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 de la CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 de la CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, FJ 3)”.

Quedan fuera de las garantías, por no ser “compatibles” con el procedimiento administrativo, la imparcialidad del órgano que impone la

sanción y la contradicción de pruebas. Respecto de lo primero el TC dijo en la STC 76/1990 (FJ 8º) que

“Debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los Jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías - entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador - es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 175/1987 y 22/1990; AATC 320/1986, 170/1987 y 966/1987)”.

Luego tenemos “matices” para los principios y “cautelos” para las garantías procedimentales, en la medida en que estas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador. Pero no es fácil establecer a ciencia cierta hasta donde llegan esos matices y esas cautelas. Por eso la pregunta que plantea Lozano – 1997 : 52 - (“¿Hasta dónde debe realizarse el acercamiento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador) no tiene una respuesta clara. O tiene tantas como autores han escrito sobre ello.

De modo que sabemos, por ejemplo, que el principio de culpabilidad, o la personalidad del castigo, o *universitas delinquere non potest*, se aplica al Derecho administrativo sancionador, al igual que los demás principios penales, pero entonces teóricamente la Administración no debería poder sancionar a una empresa.

Tenemos pues una aplicación matizada o modulada, incluso a veces excepcional o aleatoria, de los principios constitucionales penales a las sanciones administrativas. Y ello no debe extrañar, pues casi ningún principio o regla de funcionamiento se aplica exactamente igual en todo momento y circunstancia. Por ejemplo las formas imperfectas de comisión de ilícitos penales, a las que antes me he referido: según el art. 15 del código penal, las faltas sólo se castigan si son consumadas (salvo las intentadas contra las personas o el patrimonio), dando lugar a una peculiar gradación de las tentativas y de la frustración de la comisión. Pero a la hora de trasladarse a lo sancionador, tal aplicación, o la determinación de tales “peculiaridades”⁴², es muy compleja, no ya por las dudas dogmáticas o porque el esquema de vez en cuando se mueve a medida que el Tribunal Constitucional va descubriendo nuevos principios penales o acomodando los ya existentes⁴³. La complejidad deriva, sencillamente, de que no existe ninguna pauta ni criterio general para esta aplicación matizada. Más allá, claro, de la reiteración de la necesidad de buscar un equilibrio entre la criminalización y la administrativización: “Aunque los principios garantizados de la represión administrativa ni pueden ser idénticos a los de la represión penal y debe aceptarse una modulación o flexibilización de los mismos, tampoco pueden alejarse demasiado, al menos cuando se trata de la imposición de sanciones graves, privativas de derechos o pecuniarias de elevada cuantía” (Lozano 1997 : 57).

La primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991) fue extremadamente confusa y difícil, pues las leyes administrativas, muy tozudas ellas, seguían viviendo al margen de este nuevo espíritu garantista. La recodificación en 1992 de la legislación general de procedimiento (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJAPyPAC) supuso la asunción por el legislador de esta nueva visión constitucional. Siendo un paso necesario, acaso no fue suficiente, y a falta de más indicaciones del legislador estatal (que prácticamente había llegado a su máximo competencial)⁴⁴ o de los 17 legisladores autonómicos, han sido los tribunales contencioso-administrativos quienes con mucha dificultad han ido diseñando ese haz de “matices”. A continuación voy a hacer un resumen de las reglas que se han ido elaborando respecto de la traslación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador.

4. La aplicación de los principios penales

Ya dije antes que no voy a detenerme en examinar los principios penales (cuáles sean o cuáles deban ser, y qué contenido tengan o deban tener). Voy a darlo por sentado y voy a asumir el conjunto de principios que convencionalmente han sido elaborados por los autores⁴⁵.

4.1 El principio de legalidad (*lex praevia*, reserva de ley)

El principio de legalidad sancionador es algo distinto al principio de legalidad general de la Administración, contemplado en los arts. 9.3 y sobre todo 103.1 de la CE. Al margen de si se entiende como vinculación negativa o como vinculación positiva, este se concibe generalmente como principio habilitante de la actuación administrativa, que refleja la posición constitucional de la Administración como poder vicarial o servicial, sometido siempre al legislativo y al Gobierno. Para el ejercicio del poder sancionador, el principio de legalidad es distinto, es más incisivo y tiene implicaciones más limitadoras del actuar administrativo⁴⁶.

De acuerdo con las enseñanzas del Derecho penal clásico, es la ley, y sólo ella, quien puede ser cauce de plasmación de las infracciones y de las sanciones. El principio de legalidad se considera una garantía de la libertad individual, y tiene un significado político-democrático muy determinado⁴⁷. La doctrina constitucional al respecto está resumida en la STC 25/2004:

[FJ 4º] “De acuerdo con la consolidada doctrina de este Tribunal, recogida en las recientes SSTC 50/2003, de 17 de marzo (FJ 4), 52/2003, de 17 de marzo (FJ 7), y 161/2003, de 15 de septiembre (FJ 2), el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 de la CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al Ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la impe-

riosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 de la CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3). A este respecto es preciso reiterar que en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas como por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2º). En todo caso, el art. 25.1 de la CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9º, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3º). De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2º), lo que significa que la reserva de Ley no excluye en este ámbito la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, de forma que, a partir de la Constitución, no es posible tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley (por todas, STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3º).

Conforme a ello, el principio de legalidad en materia sancionadora comprende una doble garantía. “*La primera, de orden material y alcance*

absoluto, se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones". El principio de tipicidad y la reserva de ley son, por tanto, los dos elementos que componen el principio de legalidad.

Voy a hablar en primer lugar de la reserva de ley. Es la ley, y sólo la ley, quien puede regular las infracciones y las sanciones. Dejando ahora de lado cosas en las que en este momento no puedo detenerme⁴⁸, hay que comenzar por destacar el alcance de esta reserva de ley, así como, en particular, los problemas que ha planteado su aplicación a las Administraciones locales.

Incurriendo en lo que a primera vista parece una llamativa contradicción, puesta de manifiesto por Hernández (2005 : 174), el Tribunal Constitucional ha dicho – por ejemplo en las SSTC 83/1990, 50/2003, 14/2004 – que el principio de legalidad en su vertiente de reserva es al tiempo absoluto y relativo. Ello ha dado pie a algunos⁴⁹ a fijarse en lo absoluto, cuando es lo cierto que, en realidad, los casos de relativismo priman a mi juicio más que los de absolutismo. Quiérase o no, el Tribunal Constitucional ha optado por no otorgar a la reserva de ley un alcance rígido o absoluto, de modo tal que en la materia sancionadora queda excluido el reglamento independiente (esto es, que no desarrolla o completa un mandato contenido en la Ley), pero no el reglamento ejecutivo (que sí lo hace). La STC 42/1987, sistematizando lo dicho hasta entonces, sentó la doctrina de que el art. 25.1 de la CE no excluye que la ley contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en ella queden suficientemente determinadas los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. La misma STC 42/1987 contenía una explicación bastante clara de por qué la reserva de ley no se exige de manera completa, como sucede en materia penal. Si bien la frase ya la he transcrito en la larga cita de la STC 25/2004 que ha servido de pórtico a toda la explicación del principio de legalidad, vale la pena repetirla:

“Esta segunda garantía, que alude a una reserva de Ley en materia punitiva, sólo tiene, sin embargo, una eficacia relativa o limita-

da en el ámbito de las sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia o de oportunidad” (FJ 2º).

El legislador no tardó en hacer suya esta doctrina, y en los arts. 127.2 y 129.3 de la LRJAPyPAC (en su primera redacción del año 1992) plasmó la colaboración reglamentaria) al decir que

“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes” (art. 129.3 de la LRJAPyPAC).

En consecuencia, el propio legislador autoriza a la ley a contener remisiones a normas reglamentarias, que podrán colaborar así con aquélla en la configuración normativa de las infracciones y sanciones administrativas, siempre que dicha remisión sea estrictamente necesaria, y que no haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. De este modo, como consecuencia del principio de legalidad así concebido, no es constitucionalmente viable una ley que entregue la materia al reglamento (no cabe una ley que diga “es infracción lo que establezca el reglamento”), pues *“no es posible tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existente por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”*⁵⁰.

Un ejemplo bastante claro es el resuelto en la STC 50/2003, que consideró inconstitucional, por falta de cobertura legal, tipificación en la que la ley, mediante un juego de remisiones a reglamentos de ejecución de la ley o a reglamentos de cada Denominación de Origen, abdicaba en la práctica de la regulación sustantiva y la dejaba en manos del reglamento:

[FJ 6º] “La mera afirmación legal de que “se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título preliminar [entre las que figura la del cava, en los términos del art. 21.1.3 A), anteriormente reproducido], con multa de 10.000 pesetas [unos 70 dólares] al doble del valor de las mercancías o productos afectados cuando aquello supere dicha cantidad y con su decomiso”, declaración que la ley hace, no puede considerarse suficiente, por su carácter excesivamente genérico, como cobertura legal del art. 53.1.6 del Reglamento del cava, que considera infracción a las normas sobre producción, elaboración y comercialización de los productos amparados “el no respetar la duración mínima del proceso de elaboración”, ni, por tanto, como fundamento legal de la sanción impuesta. *No hay determinación mínimamente individualizada de tal conducta en la Ley, de modo que pueda decirse que se han prefigurado en la misma los elementos esenciales de la infracción y que ésta ha quedado configurada como tal por el legislador. Lo impide la radical abstracción de la descripción legal —cualquier infracción de las condiciones que se establezcan—, que no suministra criterio alguno de gravedad o de antijuridicidad material, ni enumera las condiciones materiales o formales que estima relevantes*” (el subrayado es mío).

En las SSTC 26/2005, 54/2005 y 91/2005 se impugnaba la legalidad de una sanción de revocación de una concesión administrativa de venta de tabaco. El art. 8 de la hoy derogada Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del monopolio fiscal de tabacos disponía, en su apartado 3 que “mediante normas reglamentarias” se establecería “el régimen sancionador”; y su apartado 4 prescribía:

“La Delegación del Gobierno en el Monopolio procederá, previa instrucción del expediente, a revocar la concesión de los Expendedores cuando éstos incurran en infracciones muy graves, tales como las de contrabando, abandono de la actividad, cesión de la expendedoría en forma ilegal o aceptación de retribuciones no autorizadas legalmente.

También podrá la Delegación del Gobierno imponer sanciones de hasta 200.000 pesetas de multa y suspensión del ejercicio de la

concesión por plazo de hasta seis meses, *cuando los Expendedores incurran en infracciones que se determinen en el Reglamento de la Red de venta al por menor del Monopolio*, que será aprobado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda”.

Ante ello, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto, y anuló la sanción impuesta. En la STC 26/2005 estableció que “Si se deja de lado la regulación de las infracciones muy graves contenida en el primero de los párrafos transcritos - que no es de aplicación al caso que plantea la demanda de amparo -, es manifiesto que la remisión que el segundo párrafo realiza al Reglamento se hace fijando las sanciones máximas para el resto de los supuestos, pero sin que sea la propia Ley la que determine los elementos esenciales de las infracciones, es decir, sin una “definición básica de la conducta prohibida en la propia ley” (STC 60/2000, de 2 de marzo, FJ 4), de forma tal que *el Reglamento aplicado para sancionar a la recurrente en amparo no se limitaba a ‘desarrollar’ y ‘precisar’ los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras (distintas de las muy graves del párrafo primero), lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 de la CE*” (el subrayado es mío).

Existen pues dos extremos en la reserva de ley, ambos repudiados por la jurisprudencia constitucional. Uno sería la simple “cobertura legal” entendida como atribución de la potestad sancionadora (o sea, como habilitación del legislador a la Administración para que establezca infracciones y sanciones y las imponga y ejecute). Ello no es suficiente para cumplir con el art. 25.1 de la CE, pues el legislador tiene necesariamente que establecer un contenido material mínimo respecto de infracciones y sanciones⁵¹. Por ello Hernández (2005 : 198) denuncia lo que a su juicio es un excesivo relajamiento del Tribunal Constitucional. Dice este autor que cuando se flexibiliza la reserva de ley sancionadora “se transforma la garantía formal del principio de legalidad sancionadora en mera cobertura legal, confundiendo el principio de reserva de ley con el más amplio principio de legalidad de la actuación administrativa” – y señala que ello ocurre en los casos en los que, incluso desde el punto de vista semántico, el Tribunal

Constitucional emplea los términos “cobertura legal”, “habilitación legislativa” o “fundamento legal mínimo”.

El otro extremo sería la necesidad de que la ley, con absoluta exclusión del reglamento, fuese quien dijese qué cosa es infracción y qué sanciones le corresponden, y es un extremo si no igualmente descartado por el Tribunal Constitucional, sí por la práctica legislativa y administrativa-reglamentaria.

Entre ambos polos existe un amplísimo abanico de posibilidades que a priori serían compatibles con el art. 25.1 de la CE. Como es evidente, el problema de la necesaria habilitación legal de las infracciones y sanciones no puede ser abordado, ni resuelto, desde premisas generales. Las herramientas son las que se acaban de decir, y sólo esas: la ley no puede abdicar de su misión constitucional de regular sustantivamente lo sancionador, siéndole exigible que establezca un contenido o descripción mínima de las conductas infractoras y de las consecuencias sancionadoras. Habrá de ser a la vista del contenido de cada ley cuando se pueda decir si se ha respetado o no la reserva de ley⁵².

De todos modos, sí conviene dejar constancia de un intento de introducir criterios generales. En línea con una propuesta de Sanz Gandásegui de los años ochenta, I. Pemán (2000 : 139 y ss.), admitiendo que la reserva de ley puede no tener en todos los casos las mismas características y requerimientos, sugiere graduarla atendiendo a un par de criterios como la gravedad de la infracción y, sobre todo, a si se está en presencia del ejercicio de un derecho fundamental – que puede, o no, ser susceptible de amparo constitucional.

Además de la “colaboración” reglamentaria en la tipificación legal, la otra excepción o matización de la aplicación de los principios penales se encuentra en las llamadas relaciones o situaciones de sujeción especial o de especial sujeción. Sobre ello volveré más adelante.

Con todo, desde 1978 el principal problema de articulación de la reserva de ley en materia sancionadora han sido las tipificaciones en ordenanzas municipales. Si para poder ejercer la potestad sancionadora la

Administración debe disponer de una ley que así lo establezca y que tipifique las infracciones y las sanciones, las Administraciones estatal y autonómica no tienen demasiado problema, pues normalmente encontrarán la necesaria cobertura en la ley que elabore su correspondiente asamblea legislativa. Pero en cambio las Administraciones locales, que no cuentan con la posibilidad de elaborar normas con rango de ley, se veían en este aspecto absolutamente sometidas a las otras dos Administraciones. La legislación local atribuye expresamente a los entes locales la potestad sancionadora⁵³, pero no les permite dictar leyes con las que tipificar infracciones ni establecer sanciones: “Las Ordenanzas municipales, en cuanto normas de rango reglamentario, han dejado de ser hoy cauce adecuado para tipificar infracciones, por lo que las sanciones municipales tipificadas en estas normas desprovistas de ‘cobertura legal’ devienen inconstitucionales salvo que se trate de Ordenanzas anteriores a la CE” (Lozano 1997 : 72).

Es pues una situación muy peculiar, pues se les da un arma en teoría poderosa (imponer sanciones administrativas) pero no se les da la posibilidad de utilizarla (pues no pueden establecer infracciones ni sanciones). Y además de peculiar, es de compleja articulación concreta (¿qué ocurre cuando la ley que atribuye la potestad no lleva aparejado un precepto legal que tipifique infracciones y sanciones?) y hasta hubo quien dijo que era de dudosa constitucionalidad (pues para ejercer uno de los atributos de la autonomía local, los entes locales pueden verse sometidos a otra Administración, el legislador estatal o autonómico, que es quien tiene que tipificar infracciones y sanciones). En cualquier caso, esta exigencia de legalidad, cuando no había ley de cobertura, dejaba impunes a los infractores que se proveyesen de abogado mínimamente avezado.

No es lugar para detallar la compleja casuística jurisprudencial en materia sancionadora local. Baste con decir que sectores enteros de los servicios públicos locales estaban siempre en la cuerda floja, porque las sanciones para ellos previstos carecían de una cobertura legal clara⁵⁴. La jurisprudencia era oscilante: nadie se atrevía a eximir a los Ayuntamientos de la reserva de ley (pues entonces no servía eso de que el art. 25.1 de la CE es aplicable por igual a lo penal y a lo sancionador, etc.), pero nadie se atrevía tampoco a anular todas y cada una de las sanciones impuestas con simple cobertura en Ordenanza, o con una habilitación legal lejana. Algunos autores (Baño, Parejo, y después – cada uno desde su plantea-

miento - Blasco, Galán, Lozano, Ortega y Carro) habían comenzado a reclamar una modulación en la exigencia de la reserva de ley⁵⁵. El Consejo de Estado, bien es verdad que tangencialmente, atendió a esta necesidad en un Dictamen de febrero de 1995 (Carro 2004 : 135). Y el Tribunal Constitucional había ido esquivando la cuestión. Hasta que en la STC 132/2001, de manera muy realista, y advirtiendo que el Tribunal Supremo hace tiempo que había iniciado un camino similar, admitió abiertamente una “flexibilización” de la reserva de ley⁵⁶. El legislador estatal ya tenía pretexto, y además muy bien construido, para intervenir. En una ley pensada en principio para otra cosa⁵⁷ incluyó una previsión destinada a dar cobertura general a la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanza local. De modo que en la Ley 57/2003 se reformaron tanto la legislación general de procedimiento administrativo (arts. 127.1 y 129.1 de la LRJAPyPAC) como la legislación básica de régimen local, introduciendo un nuevo título en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) de 1985. Este nuevo Título XI (arts. 139 a 141) regula la potestad sancionadora de los Ayuntamientos. Y de manera a mi juicio bastante satisfactoria, equilibrando las exigencias de la reserva de ley con las necesidades de los entes locales⁵⁸.

Después de la Ley 57/2003, el TC ha vuelto a pronunciarse sobre esta cuestión, y de manera controvertida. La STC 16/2004, resuelta con el voto de calidad del entonces Presidente de la Sala y del Tribunal, denegó el amparo contra una sanción impuesta basándose en una ordenanza municipal sobre ruidos afirmando que una ley de 1972 contiene “criterios mínimos”: [FJ 8º] “Los preceptos indicados de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, esto es, los arts. 1.2 y 12, establecen unos *criterios mínimos orientativos* conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudo establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta posible que constituyan cobertura legal de la infracción grave tipificada en el art. 28 de la Ordenanza municipal tantas veces citada, y por cuya comisión se sanciona al ahora quejoso” (el subrayado es mío). Los tres magistrados discrepantes sostuvieron en su voto particular, a mi juicio con mejor criterio, que la ley del año 1972 no pretende regular la contaminación acústica, ni contiene un listado de infracciones, y es excesivamente genérica e imprecisa, por lo cual hubiera debido otorgarse el amparo por vulneración del principio de tipicidad o *lex certa* del art. 25.1 de la CE:

“Con una interpretación extensiva, propia del razonamiento analógico *in malam partem* constitucionalmente vedado a la exégesis y aplicación de las normas sancionadoras, [la sentencia de la que discrepamos] afirma que aquella infracción constituye “una concreción de un supuesto de contaminación no previsto expresamente en la Ley, pero en el que el carácter genérico de algunos de sus términos permite incluir este supuesto, sin considerar que se ha producido una mutación sustancial del concepto básico, especialmente si se tiene en cuenta que dicha Ordenanza tiene un contenido mucho más amplio que la simple previsión de infracciones y sanciones”. Conclusión que reitera: “ha de considerarse que la infracción tipificada es una concreción de la genérica contenida en la Ley”, pues “el carácter genérico de las previsiones” de ésta, “tanto en lo que se refiere al concepto de contaminación, como a las infracciones (art. 12), permite afirmar que nos encontramos en este supuesto” [...] A nuestro juicio, los preceptos legales indicados no sólo no contienen realmente una tipificación de infracciones, sino que ni siquiera establecen unos criterios mínimos de anti-juridicidad conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudiese establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta imposible que constituyan, sin necesidad de un análisis más pormenorizado, cobertura legal de la infracción muy grave tipificada en el art. 28.3.b de la Ordenanza municipal citada, y por cuya comisión se sancionó al recurrente. Pues bien, en la medida en que el principio de reserva de Ley en materia sancionatoria exige que una norma con rango de Ley formal tipifique las infracciones (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 3), o establezca al menos criterios mínimos de antijuridicidad que sirvan de orientación - además de límite - a las Ordenanzas municipales (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6), y que los artículos invocados de la Ley de protección del ambiente atmosférico sólo tipifican sanciones, pero no infracciones, sin ofrecer tampoco unos criterios de antijuridicidad mínimos, es evidente que en el caso presente se ha producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria, en su vertiente relativa al principio de reserva de Ley. A nuestro juicio, los preceptos legales indicados no sólo no contienen realmente una tipificación de infrac-

ciones, sino que ni siquiera establecen unos criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudiese establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta imposible que constituyan, sin necesidad de un análisis más pormenorizado, cobertura legal de la infracción muy grave tipificada en el art. 28.3.b de la Ordenanza municipal citada, y por cuya comisión se sancionó al recurrente. Pues bien, en la medida en que el principio de reserva de Ley en materia sancionatoria exige que una norma con rango de Ley formal tipifique las infracciones (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 3), o establezca al menos criterios mínimos de antijuridicidad que sirvan de orientación —además de límite— a las Ordenanzas municipales (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6), y que los artículos invocados de la Ley de protección del ambiente atmosférico sólo tipifican sanciones, pero no infracciones, sin ofrecer tampoco unos criterios de antijuridicidad mínimos, es evidente que en el caso presente se ha producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria, en su vertiente relativa al principio de reserva de Ley”.

En sentido contrario, pues sí otorgó el amparo, está la antes citada STC 25/2004, que, reiterando la doctrina constitucional al respecto, sí se ajustó a la doctrina establecida en la STC 132/2001 y en la por entonces ya vigente ley 57/2003:

[FJ 4º] “En el fundamento jurídico 6 de la STC 132/2001, de 8 de junio reconocimos una cierta flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de ley del art. 25.1 de la CE en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo, señalando que la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Sin embargo, también se dijo que tal flexibilidad no sirve para excluir de forma tajante la exigencia de ley, “porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios - conforme a la exigencia del art. 25.2 de la LBRL - no contiene en sí la autorización para que

cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”.

En relación con el art. 25.1 de la CE se extrajeron en la citada Sentencia y fundamento jurídico dos exigencias: por un lado, y en cuanto a la tipificación de infracciones, afirmamos que corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos, ni siquiera genéricos, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Por otro, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 de la CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza municipal puede predeterminedar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica”.

Que esta STC 25/2004 haya vuelto a insistir en que la flexibilización de la reserva de ley no significa excepcionarla podría tener una explicación muy concreta. El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de septiembre de 2003, había interpretado esta exigencia de reserva de ley de manera mucho más “flexible” que el Tribunal Constitucional, diciendo que en ciertos ámbitos de actuación municipal muy característicos no es exigible cobertura legal alguna para que las Ordenanzas tipifiquen infracciones y sanciones municipales, bastando la titularidad de la competencia material o sectorial y la atribución de la potestad sancionadora en general⁵⁹. El argumento fue que la regulación por medio de Ordenanza municipal care-

cería de toda eficacia si, paralelamente, los Ayuntamientos no pudieran válidamente tipificar como infracciones las contravenciones a sus propias Ordenanzas. El Tribunal Supremo, lejos de considerar que ésta es precisamente una consecuencia natural de la reserva de Ley, tal y como tiene dicho el Tribunal Constitucional, afirmó que

“esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico y de sus sistema de fuentes aconseja una interpretación que permita obviar, en algunos supuestos de estricta competencia local y por tanto de potestades implícitas, la dificultad indicada, susceptible por otra parte de irrogar graves consecuencias en la medida en que da lugar a la impunidad de los infractores”.

Esta interpretación no es novedosa: la confusión entre competencia material y poder sancionador está presente en muchas sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Tal puede ser la explicación de que el Tribunal Constitucional haya vuelto a insistir su doctrina, reiterando en la STC 25/2004, como ya hemos visto, que una cosa es la competencia sectorial y otra muy distinta, y para la que no es suficiente dicha competencia, la tipificación de infracciones sin ley que lo habilite⁶⁰. En definitiva: pese a la unidad del *ius puniendi* del Estado, y al común tronco de principios que se aplicarían a lo penal y a lo sancionador, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha interpretado el principio de legalidad (en sentido de reserva de ley) de tres maneras distintas, según se trate de castigos penales, administrativos o disciplinarios (relaciones de sujeción especial).

Para terminar con los problemas que plantea la cobertura legal de la sanción me voy a referir a algo que durante bastantes años no ha recibido apenas atención de los autores o del Tribunal Constitucional pero que últimamente sí está de actualidad⁶¹. El contencioso administrativo, por lo menos en su versión francesa original, conoce supuestos en los que el juez analiza la legalidad del acto impugnado desde motivos o argumentos no planteados por las partes. Es, entre otros, la llamada “sustitución de base legal” o “sustitución de motivos”, que estudié en otro lugar y momento⁶². En virtud de ella, el juez, con ocasión del examen de la legalidad de un acto administrativo y, en palabras de Guédon, “soucieux d’éviter les

annulations de pure forme et doctrinales... et protecteur de la légalité administrative”, indaga si, además de los alegados por las partes, existen otros fundamentos legales u otros motivos que hubiesen justificado el acto, dándole respaldo legal. Es decir: si pese a la ilegalidad del acto - por lo menos desde el punto de vista de las alegaciones del recurrente -, el ordenamiento ofrece otra “base legal” u otros motivos que, en cualquier caso, hubiesen obligado y/o permitido a la Administración adoptar el acto con idéntico contenido y resultado:

“Lorsque l’administration a commis une erreur, alors qu’au regard du droit elle pouvait ou devait prendre une décision, annuler celle-ci revient à faire jouer un pouvoir de sanction systématique dont l’effet ne sera qu’un report dans le temps de l’entrée en vigueur de la décision, puisque l’autorité administrative pourra refaire l’acte annulé. Il est certain que peut se poser ici un problème de rapport entre droit et équité”.

La jurisprudencia constitucional y administrativa española se ha planteado qué ocurre cuando la Administración sanciona pero invocando una norma de cobertura incorrecta, y el Tribunal contencioso-administrativo, reconociendo la incorrección, sin embargo busca, y encuentra, otra norma de cobertura que permite afirmar la legalidad de la sanción. Ello a mi juicio es un error, pues altera el reparto de poderes, conforme al cual quien sanciona es la Administración y no los jueces.

Algo así ha dicho el Tribunal Constitucional en las SSTC 161/2003 (FJ 3º) y 193/2003 (FJ 2º): “Desde la perspectiva del reparto de poderes entre la Administración y los órganos judiciales en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa debe destacarse que, conforme a la regulación vigente de la misma, es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y que a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. *No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración.* En el ámbito administrativo sancionador correspon-

de a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del art. 25.1 de la CE), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. *El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría*".

La conclusión es que menos aun puede el Tribunal Constitucional buscar una posible cobertura legal: "No es función tampoco de este Tribunal proceder a la búsqueda de algún otro precepto legal (que no ha sido invocado por nadie en este proceso constitucional, porque el Ayuntamiento de Madrid no ha formulado el escrito de alegaciones previsto en el art. 52 de la LOTC) que pudiera prestar cobertura a la sanción impuesta única y exclusivamente con apoyo en la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid reguladora del servicio del taxi y con respecto a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley madrileña 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid" (FJ 5º). De modo que en ambos casos el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, y ello aun cuando el órgano judicial contencioso-administrativo encontró un fundamento legal a la sanción impuesta: la sanción, en el momento de imponerse y tal y como fue justificada por la Administración, no tenía cobertura legal, y los tribunales no pueden poner remedio a ello a posteriori.

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, Vicenç (2001): "La prueba en el procedimiento administrativo sancionador", *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 93 a 114.

- Alonso Mas, María José (2005): *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Caamaño Domínguez, Francisco (2003): *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis (2004): "Sobre la potestad sancionadora municipal", *Cuadernos de Derecho Local* nº 6, págs. 131 a 142
- Casino Rubio, Miguel (2000): "La indebida confusión entre sanciones y otras medidas de policía", *Revista de la Administración Local y Autonómica* nº 283, págs. 569 y ss.
- Cid Moliné, José (1996): "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública* nº 140, págs. 131 a 172.
- Beltrán de Felipe, Miguel – Puerta Seguido, Francisco (2004): "Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 71, págs. 363 a 393.
- Fernández Valverde, Rafael (2004): "Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: principios rectores. Control jurisdiccional", *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 14, págs. 55 a 136.
- García de Enterría, Eduardo – Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2004): *Curso de Derecho administrativo*, vol. 2, 11ª edición.
- Hernández González, Francisco L. (2005): "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública* nº 166, págs. 169 a 199.
- Huerta Tocildo, Susana (2000): "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en VV.AA. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, págs. 11 a 75.
- Lozano Cutanda, Blanca (1997): "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador", VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, págs. 41 a 77.
- Nieto García, Alejandro (2002): *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 3ª edición.
- Peñalver i Cabré, Alex (2005): "Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales", *Cuadernos de Derecho Local* nº 7, págs. 173 a 185
- Pemán Gavín, Ignacio (2000): *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona.
- Prieto Sanchís, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Rebollo Puig, Manuel (2001): "El contenido de las sanciones", *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 151 a 205.
- Suay Rincón, José (2001): "El principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia", *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 7 y ss.
- Valencia Martín, Germán (2000): "Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad", en VV.AA. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, págs. 77 a 186.

- Velasco Caballero, Francisco - Díez Sastre, Silvia (2004): "Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora", *Cuadernos de Derecho Local* nº 5, págs. 50 a 62

NOTAS:

¹ El tratarse no de un trabajo exhaustivo sino resumido explica que haya seleccionado la bibliografía (sólo he manejado una veintena de títulos), y que no cite más que jurisprudencia del Tribunal Constitucional (no del Tribunal Supremo o de otros órganos jurisdiccionales inferiores). Eso sí, he intentado que tanto la bibliografía como la jurisprudencia manejadas sean recientes – en el caso de la bibliografía, salvo dos excepciones sólo cito obras del presente siglo.

² Para lo referente a este singular caso sigo lo expuesto por Casino (2000).

³ No se piense que se trata de una cuestión dogmática o conceptual. Como diré en el apartado 4.7, de que se trate o no de una sanción depende nada menos que la aplicación del procedimiento especialmente previsto para imponer sanciones (y que contempla todos los principios, y muchas de las garantías, del proceso penal).

⁴ Para ello me remito a Beltrán – Puerta (2004).

⁵ Una caracterización hasta cierto punto similar puede encontrarse en Nieto (2002 : 35 y ss.).

⁶ Entiéndaseme bien: que no parezca que no soy partidario de tipificar penalmente estas conductas. De lo que no soy partidario es de su trivialización jurídico-punitiva, de que dicha tipificación sea en ocasiones la única medida que se toma (de modo que no suele cambiar absolutamente nada), de la tipificación sin la vigilancia y la sanción, de que, como sucede con tanta frecuencia, se castigue a unos sí ya otros no (o a que paguen los justos por los pecadores). Si, como diré en seguida, el castigo es con frecuencia aleatorio o arbitrario, entonces la situación empeora: no sólo la frecuencia de la conducta reprochable no desciende, sino que la norma represiva no se aplica tal y como debiera, anulando la prevención general que se les supone a las leyes penales o sancionadoras y aumentando en los ciudadanos la sensación de que la ley no se cumple y de que el fraude queda impune o se consiente.

⁷ Me refiero a vigilar y preservar el medio ambiente, a educar a los hombres en el respeto a las mujeres, a legalizar y formar a los trabajadores de la construcción para que sus contratos sean legales y para que los accidentes disminuyan, y por encima de todo a invertir dinero en todas estas políticas preventivas.

⁸ Caamaño (2003 : 42) afirma, con toda razón, que "no es difícil argumentar que la protección de la vida del *nasciturus* se defiende más eficazmente mediante una adecuada política de información, planificación familiar y ayudas públicas que a través de la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo, o que la mejor forma de garantizar a los menores la percepción de las pensiones alimenticias a que están obligados sus padres o sus madres consiste en crear un fondo social al estilo francés y no en criminalizar el impago castigándolo con penas privativas de libertad".

⁹ De Prieto (2003 : 276) tomo citas muy expresivas: "metastática ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos" (Gimbernat), "maximalismo penal" (Sáez Valcárcel), "abuso del Derecho penal" (García Arán). En los últimos dos o tres años algunos penalistas (Bueno Arús, Carbonell Mateu, Díez Ripollés) han venido denunciando la inseguridad jurídica y las tremendas disfunciones del abuso del Derecho penal y de la muy mala calidad de las leyes

penales. En sentido contrario, aun en 2002 Nieto continuaba diciendo que “la realidad es que los jueces, desbordados por la carga de trabajo, se batan en retirada y hoy se está generalizando el proceso de despenalización en España y en el resto del mundo” (2002 : 82).

¹⁰ En idéntico sentido, criticando el abuso de la criminalización – y por no citar más que a doctrina no penalista - se manifiestan Caamaño (2003 : 31 y ss.) y Prieto (2003 : 271 y ss.), este último afirmando que el resultado de la legislación penal de los últimos diez años es exactamente el contrario al que deriva de una interpretación garantista de la Constitución, basada en la libertad y en los principios clásicos de intervención mínima, por lo cual aboga por “un amplio programa despenalizador” (2003 : 273).

¹¹ En parte también, en algunos casos, por ser la Administración uno de los infractores, particularmente en el ámbito local. Los autobuses municipales de una conocida ciudad, que además era y es Patrimonio de la Humanidad, eran los primeros en sobrepasar la estrictas normas de contaminación acústica que el propio Ayuntamiento había aprobado; en otra ciudad las autoridades incentivaban sin apenas disimulo la diversión nocturna de los jóvenes en las calles, que representaba casi siempre una infracción de las normas de horarios comerciales, de venta de alcohol a menores, de ruidos, etc.; más en general, las fiestas locales, organizadas por el Ayuntamiento, son uno de los mayores focos de infracciones administrativas a las normas de tráfico, de consumo, de contaminación acústica, etc.; bastantes servicios de recogida de basuras (particularmente en zonas turísticas y costeras) no funcionan como es debido: los contenedores se llenan, de manera que los ciudadanos tienen que depositar las bolsas fuera de los mismos. ¿Quién es el infractor? Técnicamente, es el ciudadano, cuya conducta está expresamente tipificada como infracción. Pero realmente, quien incumple e infringe es la Administración. Hay más ejemplos, acaso extensibles a otras Administraciones (en materia de salud e higiene en el trabajo, no habilitar en los edificios públicos espacios para fumadores, consintiendo fumar en espacios cerrados, o no construir rampas de acceso para discapacitados: ambas cosas podrían considerarse incluidas en las cláusulas generales tipificadoras de conductas contrarias a la salud colectiva). En estos casos de incumplimiento infractor por el poder público local de ciertas normas, la tolerancia administrativa empieza por la Administración misma, y naturalmente alcanza también a los ciudadanos obligados a cumplir las leyes. Es posible que los incumplimientos (directos o *in vigilando*) de la Administración local tengan la siguiente explicación, que no justificación: muchas de las tareas de vigilancia, control y sanción le vienen dadas por el legislador, sobre todo en el urbanismo o el medio ambiente, de manera que los Ayuntamientos estarían bastante limitados en su capacidad de reacción. Al poder local se le exige inmediatez y vigilancia, pero muchas veces no se le dan medios para ello.

¹² Caamaño (2003 : 30-33) dice, posiblemente con razón, que algunas de las herramientas técnicas de la legislación penal moderna (los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos indefinidos, universales e institucionales, las normas penales en blanco, los delitos de resultado, etc.) plantean muchas dudas de constitucionalidad, por restringir indebidamente la esfera de libertad del ciudadano.

¹³ Aunque en el apartado 4.5 volveré brevemente sobre ello.

¹⁴ Ello deriva de que carecen de poder judicial propio.

¹⁵ En la pasada década los dos pilares del *ius puniendi* público se incrementaron notablemente: el Estado aumentaba el nivel represor al elaborar el código penal de 1995, y las Comunidades Autónomas - y el Estado en las pocas competencias sustantivas que conserva - hicieron lo mismo en el ámbito administrativo. De modo tal que al elaborar nuevas leyes reguladoras de sus servicios, incluyeron un importante aparato sancionador. En la actualidad

lo que en España llamamos la "parte especial" del derecho administrativo (bienes públicos, urbanismo, servicios públicos propiamente dichos, telecomunicaciones, derecho del consumidor, función pública, derecho público económico, etc.) es casi por completo autonómica, y está llena de tipos infractores y de sanciones.

¹⁶ Es una hipótesis de cuento de hadas excepto en las pocas ocasiones en las que mediciones sociales, económicas, etc. (esto es, no relacionadas con el Derecho) han acreditado que efectivamente las conductas infractoras han disminuido. Por ejemplo, el uso en los automóviles del cinturón de seguridad, o del casco en las motocicletas – salvo en el sur de España, sea invierno o verano. También ha mejorado la sanidad alimentaria (que se sepa, ya no hay casos como el envenenamiento masivo provocado por el aceite de colza).

¹⁷ Ya apunté antes que algún alcalde de alguna ciudad importante, apremiado por algunos vecinos que padecían cada fin de semana (y en verano a diario) graves molestias derivadas de los locales de diversión par jóvenes, no tuvo otra ocurrencia que contestar que la juventud tenía derecho a pasárselo bien, que la ciudad era una ciudad abierta y tolerante, y que los jóvenes, en su mayoría universitarios, eran una de las principales fuentes de ingresos de la ciudad.

¹⁸ Por ejemplo cuando se han abierto diligencias informativas, o se ha iniciado y tramitado el expediente sancionador, y ha quedado acreditada la conducta infractora, pero no se impone la sanción. O cuando la sanción se impone, pero no se ejecuta. O cuando el expediente sancionador se ha paralizado y una persona, que naturalmente no es el sancionado, reclama conocer el estado de la tramitación, las razones por las que se está produciendo la demora, y que se adopten medidas para que la infracción no prescriba. Tampoco existe remedio para los casos en los que la sanción se ha impuesto y luego la Administración negocia, y termina condonándola o reduciendo su cuantía (o intercambiando favor por favor). No hay personas que tengan interés legítimo en la anulación de la resolución que redujo o extinguió la responsabilidad, y por tanto la posible ilegalidad o arbitrariedad es por completo imposible de constatar por el superior jerárquico (mediante un recurso administrativo) o por un órgano jurisdiccional (mediante un recurso judicial). Peñalver (2005) propone algunas medidas para poner remedio a la inactividad sancionadora: ampliación de la legitimación procesal (como medio de tutela de los llamados intereses difusos, particularmente presentes en el medio ambiente), iniciación de parte – y no sólo de oficio – del procedimiento sancionador, nuevas pretensiones procesales, potenciación de las vías jurisdiccionales de reacción contra la inactividad, reducción de la – presunta discrecionalidad en la potestad sancionadora.

¹⁹ Si el accidente tuvo muchas víctimas (incendios de discotecas, rupturas de embalses, envenenamientos masivos, campings inundados por crecidas de ríos: todos ellos son ejemplos reales ocurridos en España en los últimos veinte años), entonces es mucho más fácil obtener indemnizaciones a cargo de la Administración que a cargo del dueño de la discoteca, del camping, etc. (que en general es insolvente, o simula serlo, para el pago de cuantías millonarias, y naturalmente la sociedad titular del negocio no tiene patrimonio con el que responder, y no existía seguro de responsabilidad civil o era claramente insuficiente). La indemnización a cargo de la Administración se consigue declarando la responsabilidad penal de algún funcionario, con la automática responsabilidad civil derivada de delito (digo automática porque la ficción de que es subsidiaria nadie se la cree). Con suerte el funcionario, con la carrera arruinada, no irá a la cárcel (o irá unos pocos meses), y será la Administración quien se haga cargo de las indemnizaciones. Socialización del riesgo, le dicen.

²⁰ Además del Tribunal de Cuentas, de ámbito estatal, ahora existen órganos de control contable creados por las Comunidades Autónomas. Todos ellos son regularmente utilizados por

los partidos políticos para denunciar infracciones (o delitos) en el manejo de los dineros públicos en que habrían incurrido otros partidos políticos.

²¹ También pueden denunciar los hechos al Fiscal, pero ello no siempre es efectivo si el Fiscal, o el Gobierno, no es de su misma corriente política.

²² Es una opción en general involuntaria, pero no por ello es una opción menos efectiva en cuanto al resultado final de dejar de castigar a los infractores.

²³ El panorama posiblemente no sea tan sombrío como lo describe Nieto en sus “sarcasmos y paradojas” (2002 : 35 y ss.) pero yo creo que, en más de un aspecto, no es acorde con lo que se puede legítimamente esperar de un Estado de Derecho.

²⁴ Normalmente los ciudadanos sí reclaman que la ley se aplique a otros defraudadores o infractores, sobre todo cuando la infracción que estos otros han cometido ha trascendido a la ciudadanía, por su gravedad, reiteración, etc. (empresas mineras que han contaminado, establecimientos de recreo en los que se han producido accidentes, etc.).

²⁵ Yo mismo, hace unos cuantos años y en otro contexto, discrepé de Alejandro Nieto precisamente por que generalizaba demasiado algo que a mi juicio no era ni mucho menos un rasgo definitorio y característico del Derecho administrativo español.

²⁶ Téngase presente que el sistema penal español del siglo 20 era un sistema muy tosco, y tenía, por lo menos en la segunda mitad del siglo (dictadura del General Franco), algunos elementos flagrantemente incompatibles con el Estado de Derecho.

²⁷ No voy a detenerme ahora en si el reconocimiento constitucional de la posibilidad de que la Administración disponga del arma represiva sancionadora encaja o no en la división o separación de poderes. Posiblemente no, pero es que posiblemente la división o separación de poderes tampoco fuese un modelo perfecto ni hermético ni rígido, y lo mismo que en los sistemas continentales (en Francia) desde el primer momento se admitió la potestad reglamentaria, en seguida se reconoció también la prerrogativa cuasi-jurisdiccional de que la Administración juzgase a infractores y les impusiese castigos. En España muy pocos rechazan, con mayor o menor énfasis, la potestad sancionadora administrativa, por espuria e impropia o, como implica funciones jurisdiccionales, por atentar contra algo así como una “reserva de jurisdicción”. Parada ha criticado duramente la existencia misma del poder sancionador, y en menor medida también lo han hecho García de Enterría y Fernández Rodríguez – si bien en realidad estos últimos autores lo que dicen es más bien que la capacidad de sancionar *ad extra*, es decir, en ámbitos externos a la organización administrativa y a los servicios públicos, debe verse con sospecha y estar revestida de muchas mayores limitaciones y garantías. En alguna ocasión el Tribunal Constitucional parece haber acogido, de manera un tanto oscura, esta visión consistente en considerar lo sancionador como un elemento extraño en el ordenamiento jurídico o en la Constitución (en las SSTC 3/1988, 305/1993 y 25/2004 se ha calificado la potestad sancionadora como algo “excepcional”).

²⁸ Eso por referirme sólo a los ejemplos clásicos. Pero hay más: la igualdad entre sexos y razas (art. 14 de la CE) no obliga al legislador a criminalizar las conductas sexistas o racistas, y en cualquier caso discriminatorias, del mismo modo que la libertad sindical o el derecho a la huelga (art. 28 de la CE) tampoco obligan al legislador a criminalizar las conductas que impidan o entorpezcan su ejercicio.

²⁹ No entro ahora el problema de la llama inconstitucionalidad por omisión, que se daría cuando el legislador, estando constitucionalmente obligado a actuar (en este caso, a prevenir infracciones y sanciones en un determinado sector), no lo hace.

³⁰ Como veremos en el apartado 4.6, sólo el principio de proporcionalidad – y a mi juicio únicamente en los casos más extremos – puede hacer de límite a la elección del legislador entre

el castigo penal y el castigo administrativo. En puridad, dado que lo penal es siempre en teoría más grave, este principio debería determinar la inconstitucionalidad de, por ejemplo, un mayor castigo administrativo que un castigo penal para hechos similares. Pero nada de eso: García de Enterría y Fernández Rodríguez escriben (2004 : 166), con bastante razón, que “con frecuencia, la gravedad de las sanciones administrativas excede a las de las penas propiamente dichas (es incluso lo normal respecto de las multas)”. En el mismo sentido Caamaño (2003 : 120) dice que algunas sanciones (por su cuantía, por sus consecuencias económicas – cierre de una empresa, revocación de licencias, o profesionales – suspensión de empleo y sueldo para un funcionario) tienen mayor carga punitiva que el código penal.

³¹ No parecen opinar lo mismo el Presidente Cruz y la magistrada Casas en su voto particular discrepante a la STC 177/1999, pues entonces sostuvieron que “las dos potestades sancionadoras que existen en nuestro Estado de Derecho, la penal y la administrativa, son distintas cualitativamente”. En sentido similar Cid (1996 : 133), oponiéndose a lo que él denomina “la tesis identificadora” entre lo penal y lo administrativo, escribe que “la mayor parte de las sanciones impuestas por la Administración resultan de una gravedad muy inferior a la mayoría de las sanciones que imponen los jueces penales”.

³² “Sanciones administrativas y sanciones penales constituyen especies de un mismo género”: Suay (2001 : 27).

³³ Tras afirmar que la dualidad del *ius puniendi* del Estado “es una falsa imagen”, Caamaño escribe que “No es posible fracturar el tratamiento constitucional del poder de incriminación del Estado mediante una bisectriz que separe en ángulos distintos el Derecho penal y el denominado Derecho administrativo sancionador. En su dimensión constitucional, el poder que la Constitución otorga al legislador para limitar bajo amenaza la libertad del ciudadano es el mismo que se confiere a la Administración para sancionar determinadas conductas” (Caamaño 2003 : 52).

³⁴ Pero la CE no impone una especie de “garantía administrativa” en la imposición de las sanciones: “Cuando pueda protegerse un determinado bien mediante sanciones no materialmente penales y, por tanto, no sea exigible en la máxima medida la ‘garantía de jurisdicción’, existirá la posibilidad de opción entre la atribución de la competencia sancionadora al poder judicial o a la Administración” (Cid 1996 : 149). Ello permite a autores como Alonso Mas (2005: 72) propugnar la reforma de la LOPJ para permitir que los tribunales penales impongan sanciones administrativas.

³⁵ Al respecto véase la crítica de Nieto (2002 : 85 y ss.). Es particularmente interesante su observación de que si el *ius puniendi* es uno, no se explica como el Derecho europeo no tiene castigo penal pero sí tiene castigo administrativo. Naturalmente, no sirve la explicación conforme a la cual los Estados le habrían cedido a la Unión Europea parte de su “soberanía” sancionadora administrativa pero no le habrían cedido su “soberanía” penal (porque si ello fuese así es que no habría un *ius puniendi* sino dos). La unidad del *ius puniendi* queda también en entredicho por la posibilidad, más o menos excepcional, de doble castigo. En palabras de Caamaño, “si uno es el *ius puniendi* del Estado, uno ha de ser el castigo legalmente previsto” (2003 : 94), de modo que conforme a ello nunca podría producirse *bis in idem*. Y sin embargo, como luego veremos (apartado 4.5), en España sí hay casos, establecidos por el legislador pre y postconstitucional, y bendecidos por el Tribunal Constitucional, en los que existe doble castigo.

³⁶ Los penalistas – no todos – siguieron al Tribunal Constitucional con bastante retraso o incluso con indiferencia (los de más edad, o los que no simpatizaban con la Constitución). Enzarrados en cuestiones dogmáticas (reconstruyendo una disciplina tras la devastadora

obra de la dictadura del General Franco) o en debatir concretos problemas de política criminal (aborto, terrorismo, menores), la legislación penal postconstitucional iba parcheando el código de 1973, hasta que en 1995 se izo tabula rasa y se redactó uno nuevo, en el sentido hiperinflacionista que ya conocemos. Relativamente pocos penalistas se han preocupado por el Derecho penal constitucional (pero sí, como se verá en seguida, por llevar a la Constitución gran parte de la teoría penal y de los principios penales).

³⁷ Al respecto puede verse I. Pemán (2000: 310 a 336).

³⁸ En la década de 1990 hubo autores que, desde un planteamiento crítico, empezaron a replantearse la idea, comúnmente aceptada, de la aproximación (“unidad sustancial”) entre el Derecho penal y las sanciones administrativas: entre los administrativistas Nieto, y en menor medida Hernández Martín, y entre los penalistas Cid Moliné o Quintero Olivares.

³⁹ Obstáculos derivados de que la legislación administrativa sancionadora no está adaptada a esta asimilación a lo penal.

⁴⁰ Como señala Nieto (2002 : 353), los dogmas “no son susceptibles de prueba alguna: pura y simplemente, se afirman por quien tiene poder para ello (tal y como actualmente están haciendo los tribunales) y luego se aceptan o se rechazan por los demás, impulsados por la ideología, la lógica, la utilidad o la congruencia”.

⁴¹ En Nieto (2002 : 87) se encuentran otras expresiones, extraídas de la jurisprudencia contencioso-administrativa, para referirse a lo mismo: “notable paralelismo aunque no identidad”, “afinidad”, etc.

⁴² Las dos manifestaciones del poder punitivo “presentan en sus correspondientes desarrollos normativos peculiaridades que les son propias” (Caamaño 2003 : 52).

⁴³ Hay quien como Hernández ha sido muy crítico con la trayectoria del Tribunal Constitucional, pues habla de “avances, retrocesos y contradicciones” y de “incertidumbre” en la doctrina por él elaborada (2005 : 171).

⁴⁴ Es verdad que ocasionalmente el legislador estatal toma cartas en el asunto para clarificar hasta donde se aplica el principio de que se trate: en seguida lo veremos respecto de la potestad sancionadora local.

⁴⁵ He de advertir que no voy a hablar de uno de los principios penales como es el de la irretroactividad de las normas penales desfavorables (arts. 9.3 de la CE y 1 y 2.1 del Código Penal), aplicable a las sanciones administrativas en virtud del art. 128 de la LRJAPyPAC. Tampoco voy a hablar de la publicidad de la ley sancionadora (quien le interese puede consultar la STC 131/2003, relativa a una sanción en materia ganadera amparada en una norma no publicada).

⁴⁶ En palabras de Suay (2001 : 26): “El principio de legalidad sancionador no actúa como un mero principio habilitante de una determinada actividad, pero tampoco puede decirse que se limite a operar como una especie de macro-principio”.

⁴⁷ La Exposición de Motivos de la LRJAPyPAC se refería al principio de legalidad como “la *ratio* democrática en virtud de la cual es el poder legislativo quien debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración”.

⁴⁸ Por ejemplo si normas de rango legal pero de origen gubernativo (decreto ley, decreto legislativo) pueden, y hasta qué punto, tipificar infracciones y sanciones. Al respecto puede verse la última jurisprudencia constitucional – demasiado permisiva – en la STC 34/2005, relativa a un supuesto disparatado en virtud del cual la tipificación de ciertos delitos relativos a juegos y casinos se hacía en ley que no solamente no era orgánica sino que era le ley de Presupuestos Generales del Estado. Tampoco se explica demasiado bien por qué la ley penal está sometida a reserva de ley orgánica y no lo está la ley que impone infracciones y sanciones administrativas. La razón de esta regla, que no aparece en el art. 81 de la CE referi-

do a las leyes orgánicas, parece encontrarse en que al no estar la Administración civil habilitada para imponer sanciones de prisión, su legislación sancionadora no afecta a derechos fundamentales (al derecho a la libertad del art. 17 de la CE) y por consiguiente no es necesario que sea orgánica. Conforme a ello, la reserva de ley orgánica para la legislación penal no afecta tampoco a los tipos penales como las faltas que no contienen pena de prisión, o a la responsabilidad civil. Pero la cosa no está tan clara, entre otras cosas porque el Tribunal Constitucional, a mi juicio incurriendo en un exceso, dijo en la STC 140/1986 que toda norma penal es desarrollo de los derechos (esencialmente los tenidos por fundamentales en la Constitución) en el sentido del art. 81.1 de la CE. Hay quien se muestra de acuerdo con ello (Cobo y Vives). Tampoco se ha sido del todo consecuente con esta doctrina, porque según ella todas las penas pecuniarias cuyo impago dé lugar a pena de privación de libertad (arresto sustitutorio por impago de pena de multa) debieran estar sometidas a la reserva de ley orgánica. Sea ello como fuere, el caso es que si el *ius puniendi* es uno y sus reglas son comunes a lo penal y a lo Administrativo, no parece haber demasiadas razones para que la garantía de la reserva de ley y el rango de la ley tipificadora sean diversas.

⁴⁹ “Esta tesis, reserva de ley, y ‘reserva absoluta’, es la declarada por el Tribunal Constitucional”: García de Enterría – Fernández Rodríguez (2004 : 175).

⁵⁰ La STC 26/2005 precisa en su FJ 3º que “Las exigencias derivadas del mencionado art. 25.1 de la CE en cuanto a la colaboración entre la ley y el reglamento y la subordinación de éste con respecto a aquélla en la específica tarea de tipificación de las infracciones han sido concretadas de forma más precisa también por la jurisprudencia de este Tribunal. La ley debe contener la ‘determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica’ y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, ‘el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley’ (SSTC 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; y 132/2001, de 8 de junio, FJ 5)”.

⁵¹ “Debe reputarse contraria a la mencionada exigencia constitucional [...], en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma vacía de contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras” (STC 42/1987 y posteriores).

⁵² Y habrá de ser a la vista de la abundantísima casuística jurisprudencial cuando se pueda establecer algún tipo de criterio general, si es que ello es posible. No está de más recordar que la defensa de los ciudadanos contra quienes se abre un expediente sancionador no suele consistir en negar los hechos, sino en achacar a la ley que preveía la infracción una falta de concreción o una excesiva deslegalización, o en achacar al reglamento un exceso en la tipificación. De modo que la jurisprudencia sobre las sanciones administrativas es prácticamente en todos los casos jurisprudencia sobre la reserva de ley.

⁵³ Art. 4.1 de la LBRL de 1985: “En su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas [...] las potestades de ejecución forzosa y sancionadora”. En otros momentos (arts. 25.2 d) y 21.1 h) y n) la LBRL también menciona expresamente la capacidad o competencia de los órganos locales para imponer sanciones.

⁵⁴ Me estoy refiriendo a las multas por aparcamiento, o a las sanciones en materia ambiental, de ruidos, de taxis, etc.

⁵⁵ Lozano (1997 : 75) hablaba literalmente de “permitir una flexibilización del principio de legalidad en su vertiente formal”. En realidad, como señala Carro (2004 : 135) eran mayoría quienes, frente a las tesis de García de Enterría y Fernández Rodríguez, sostenían la flexibilización de la reserva de ley.

⁵⁶ Sobre la STC 132/2001 y las reformas legales a que en seguida me referiré pueden verse Velasco - Díez (2004) y Carro (2004).

⁵⁷ Se trataba de la Ley 57/2003, de 27 de noviembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (en adelante LMMGL), que contenía esencialmente un régimen especial para las denominadas “grandes ciudades”.

⁵⁸ En sentido contrario puede verse una opinión crítica en Hernández (2005 : 188), pues considera la relajación del principio de legalidad contenida y autorizada en la STC 132/2001 “una subversión de los basamentos dogmáticos del principio de reserva de ley”.

⁵⁹ Sobre esta sentencia pueden verse Velasco – Díez (2004) y Carro (2004 : 137 y ss.).

⁶⁰ “No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”.

⁶¹ Hernández (2005 : 172) eleva este axioma a la categoría de “premisa fundamental” del derecho administrativo sancionador.

⁶² Miguel Beltrán de Felipe *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996. Las referencias son a las págs. 127 y 128.

EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL EN LA DIRECTIVA 2004/35/CEE

Por Ignacio Felpeto Santero¹
*Director Adjunto de la Oficina de la Junta de Comunidades
de Castilla-La Mancha en Bruselas*

INDICE

1. Introducción
2. El artículo 3.3 de la Directiva
3. *Pure ecological damage*
4. Medio ambiente protegido
5. Daño concreto y cuantificable
6. Daño significativo
7. Daño real o potencial
8. Daños transfronterizos

1. Introducción

El hundimiento del *Erika*, la rotura de las balsas de Aznalcollar o el desastre del petrolero *Prestige*, no constituyen hechos aislados sino que se han convertido en una realidad cotidiana difícilmente asumible por una sociedad europea que aspira a lograr una altas cotas de protección de su entorno. La realidad nos muestra que, en algunos casos, la dificultad para identificar el causante del daño o la pretendida insolvencia de la empresa que ha provocado el desastre, tiene como resultado inmediato la impunidad. En estos casos, no sólo se trata de una cuestión meramente económica sobre a quién corresponderá en última instancia el pago de la factura ecológica, si no que se pone en entredicho la aplicación misma del derecho comunitario medioambiental, basado fundamentalmente en la premisa de quién contamina paga².

El presente artículo trata de presentar las novedades introducidas a escala comunitaria en el ámbito de la responsabilidad ambiental, sistema desarrollado recientemente por una Directiva del Parlamento europeo y el Consejo³, en concreto, el concepto de daño ambiental una de las cuestiones más comprometidas desde el punto de vista de los destinatarios de la

norma. La citada norma tiene como objetivo último “adoptar un amplio programa comunitario para prevenir y reparar daños ambientales” dando respuesta a los compromisos establecidos por la Comisión en el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental y el Sexto programa de Acción en materia de Medio Ambiente⁴.

2. El artículo 3.3. de la Directiva

Tal vez uno de los aspectos más fundamentales de la norma es la determinación de qué tipo de daños van a estar amparados por el sistema de responsabilidad. Hemos de tener en cuenta que no se trata de un aspecto baladí, sino que determinará en gran medida la virtualidad de la norma. Tal y como señala el art. 3.3, la Directiva se aplicará a los **daños ambientales**, no concediendo a los particulares derechos de indemnización por daños medioambientales o la amenaza de los mismos.

Hay que tener en cuenta que un accidente ecológico puede provocar diversos tipos de daños: en primer lugar, daños personales que afecten a la integridad personal del individuo, daños patrimoniales que afecten a su esfera económica y un daño directo al medio ambiente. Pensemos, por ejemplo, en el desastre del *Prestige*, cuyo vertido ocasionó cuantiosos daños en fincas, bateas, paseos marítimos, barcos, etc. Además de eso, en este momento, se está valorando el impacto sobre la salud de los pescadores que entraron en contacto con el vertido y nadie puede negar que junto a estos daños personales o patrimoniales se ha producido un menoscabo terrible de la biodiversidad existente en las costas e islas protegidas, así como al fondo marino, un daño que a priori podríamos calificar como daño al medioambiente *strictu sensu*.

La regulación comunitaria parece aplicarse única y exclusivamente a los daños causados al medioambiente, la dificultad radicará fundamentalmente en la definición de este tipo de daños:

3. Pure ecological damage

El concepto de daño ambiental que contempla la Directiva parece excluir expresamente los daños personales y patrimoniales. La Comisión

Europea ha optado por un criterio más acertado al regular únicamente el daño ambiental, frente a anteriores fórmulas, como las del Libro Blanco que contemplaban dentro del ámbito de aplicación de la norma, tanto el daño ambiental como los daños tradicionales, o la del Libro Verde que pecaba de indefinición. Además la Comisión, ha venido a cubrir un vacío normativo; un número importante de países del ámbito europeo no regulaban expresamente el daño al medio ambiente, y en los casos en que sí se regulaba, se aplicaban criterios propios de la responsabilidad civil que como hemos podido apreciar no parecen los más adecuados para proteger un bien que no tiene carácter privativo sino que parece entrar en el ámbito del dominio público.

La realidad de los daños tradicionales es totalmente distinta a la de los daños ambientales. El hecho de regular conjuntamente estos daños implicaría aplicar un sistema de responsabilidad civil al daño ambiental lo que produciría importantes disfunciones. Pensemos en la legitimación activa para el ejercicio una acción como consecuencia de un daño ambiental, teniendo en cuenta que el medio ambiente no es objeto de propiedad por parte de ninguna persona física o jurídica. Por otro lado, la reparación del daño ambiental debe implicar la recuperación del medio ambiente dañado devolviéndolo al estadio anterior al momento en que se produjo el mismo, frente a la opción tradicional de la indemnización por daños y perjuicios propia de la responsabilidad civil. En este sentido, hemos de destacar que otros instrumentos jurídicos también han recogido esta separación entre daños tradicionales y medioambientales como el caso del Convenio que Lugano que señalaba expresamente en la definición de su artículo 2.7, que sólo podrá considerarse como daño medioambiental en la medida en que no pueda considerarse como daño personal o tradicional⁶.

Frente a este tipo de argumentos de carácter material no hemos de olvidar un aspecto de carácter formal, y es que los daños tradicionales han sido ampliamente desarrollados por los ordenamientos de los distintos países miembros. Podemos decir, por tanto, que los daños personales y patrimoniales están cubiertos por la legislación existente en los distintos países en el ámbito de la responsabilidad civil. No tendría sentido, en aplicación del *principio de subsidiariedad*, que la Directiva entrase a regular estos aspectos, de ahí que la norma se haya centrado en la regulación exclusiva del daño ambiental.

4. Medio ambiente protegido⁶

Una vez hemos excluido los daños tradicionales del ámbito de aplicación de la Directiva, tendremos que definir que tipos de elementos configuran el medio ambiente susceptible de ser dañado. A priori el concepto de medio ambiente nos hace pensar en una serie de elementos la flora y la fauna, las aguas, el aire, etc. Ahora bien, el concepto de medio ambiente protegido a través del sistema que incorpora al Directiva estará integrado por, especies abarcadas por la Directiva de Aves (Directiva 79/409/CEE de 2 de abril), los hábitat recogidos en el ámbito de la Red Natura (Directiva 92/43/CEE de 21 de mayo), las aguas protegidas por la Directiva de Aguas (Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre) y los suelos.

Tal y como se preveía, la definición del medio ambiente ha quedado bastante desvirtuada dada la redacción del art 2. En este sentido, han triunfado las tesis más restrictivas frente a otras como la del propio Parlamento Europeo⁷ que trataba de incorporar todas las especies y hábitat protegidos bajo la normativa comunitaria. El Parlamento Europeo recogía inicialmente la formula planteada por parte de las organizaciones ecologistas en las que la responsabilidad debería exigirse por los daños causados a todas las especies y hábitat protegidos por la normativa comunitaria, incluyendo los protegidos por futuros desarrollos normativos⁸. Los ecologistas, sin embargo, iban algo más allá exigiendo que la cobertura se ampliase “obligatoriamente” a los espacios protegidos por la legislación nacional, y no opcionalmente como propugnaban Parlamento y Consejo⁹.

Uno de los primeros aspectos criticables del concepto de medio ambiente que incorpora la Directiva, es el hecho de que deja fuera algunos espacios protegidos por la legislación nacional, espacios, que al no estar incorporados a la Red Natura 2000, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la norma, salvo que así lo decidan los Estados Miembros. No debemos olvidar que en la Red Natura no se integran todos los lugares que son de “interés medioambiental” para la UE y que son susceptibles de protección por parte de los Estados miembros, sino sólo aquellos que cumplen una serie de criterios definidos en la Directiva de Hábitat (estado de conservación de este hábitat a escala europea, su valor para albergar las especies, su estado de conservación, etc.). Tan sólo unos pocos espacios

cumplen con estos criterios y fueron propuestos por los Estados para integrar la red, por lo que todos aquellos espacios que quedaron fuera de la misma, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la norma.

El ámbito de aplicación es aun mas restringido si tenemos en cuenta cuantos espacios naturales realmente integran la Red. La Directiva sobre Hábitat establecía un régimen completo de protección de una serie de animales y plantas, así como la creación, a más tardar en junio de 1998, de una red de lugares protegidos conocida por el nombre de Natura 2000; el problema es que las propuestas de los Estados han sido claramente insuficientes¹⁰.

La Directiva sobre responsabilidad ambiental plantea la posibilidad de que los Estados miembros amplíen la protección a aquellas especies o hábitat no enumerados en los citados anexos de las Directivas, sin embargo, consideramos que, salvo honrosas excepciones, los Estados no lo harán. Está claro que ningún Estado quiere limitar su capacidad de manio-bra, definiendo un importante número de espacios “inviolables”¹¹; o aumentando el ámbito de protección de aquellos que cuentan con una protección más limitada, desde luego no lo han hecho en el caso de la Directiva de Hábitat, que les obligaba expresamente a proponer espacios susceptibles de esa protección, por lo que consideramos que difícilmente lo harán en el caso de esta Directiva.

Una vez analizado que concepto de espacio es susceptible de protección, hemos de entrar a considerar que recursos de ese espacio son susceptibles de ser protegidos. En principio, Directiva parece referirse a los recursos animales, vegetales, aguas así como el suelo. Nos encontramos también aquí ante una definición restrictiva si tenemos en cuenta cual ha sido la evolución tanto de la normativa comunitaria y del derecho comparado¹².

La normativa comunitaria, ya desde el Libro Verde, ha hecho referencia a la ley alemana sobre responsabilidad ambiental que ofrece un concepto limitado de medioambiente, refiriéndose a aspectos puramente, físicos centrados en el aire, agua y suelo¹³. Este concepto que no hace referencia directa a los organismos vivos , sin embargo, no se puede

entender como una manifestación más del daño ambiental. De hecho la *Environmental Protection Act* británica integra ambos conceptos, entorno físico (tierra, aire y suelo como definición de medio ambiente) y organismos vivos (como parte del concepto de daño)¹⁴. Este concepto que integra los daños al entorno físico o los seres vivos es el que va a tomar como referencia, el Libro Blanco, la propuesta de directiva y la Directiva. El aspecto que es criticable, en este sentido, es la no inclusión del aire como elemento propio del medio ambiente, si no más bien como una de las vías a través de las cuales se puede producir una contaminación que afecte al entorno físico o a las especies animales y vegetales¹⁵. Parece que la Comisión, en un intento por eliminar la contaminación difusa del ámbito de aplicación de la Directiva y dadas las dificultades que plantea la reparación del daño, ha suprimido el aire del concepto de medio ambiente, pensemos, por tanto, en una emisión de sustancias contaminantes a la atmósfera que no se traduzcan en un daño grave a las especies animales o vegetales pero que, sin embargo, afectase a la calidad del aire como tal; con la formulación de la Directiva, estos supuestos quedarían fuera del ámbito de aplicación, cuestión que podría parecer superflua, si tenemos en cuenta que normalmente una agresión grave a la calidad del aire (emisión de gases tóxicos, radiación, etc.) se traducirá al mismo tiempo en un daños al entorno físico y a los seres vivos, ahora bien, precisamente es en estos casos, donde resulta más difícil probar la incidencia de la contaminación atmosférica sobre el entorno, debido a que los efectos en algunos casos, no aparecen hasta el medio o largo plazo, por lo que entendemos que el aire como tal debe ser un elemento que se integre en el concepto de medio ambiente susceptible de ser protegido por la Directiva¹⁶.

Algunos autores han señalado el concepto amplio de medio ambiente recogido por el Convenio de Lugano¹⁷, que incluye:

1. Recursos naturales abióticos y bióticos tales como el aire, el agua el suelo, la flora, la fauna y la interacción entre ellos
2. Los bienes que forman parte del patrimonio cultural
3. Los aspectos característicos del paisaje

La Directiva podría haber tomado este concepto como referencia, si bien su amplitud puede limitar la aplicación práctica, en la medida en que

incorpora un elemento ciertamente polémico como es el de los daños estéticos, es decir los daños al paisaje. Existe una corriente legislativa¹⁸ que pretende integrar los daños al paisaje como tal . Ahora bien se trata de un concepto que integra elementos de carácter subjetivo como pueden ser consideraciones *estéticas, históricas o culturales*; difícilmente objetivables y cuantificables¹⁹.

Una vez realizadas estas reflexiones, podríamos concluir que el daño ambiental definido por la Directiva deja fuera aspectos importantes como los daños a espacios protegidos por la legislación nacional (salvo que así que establezca lo contrario el Estado Miembro) y no incluye el aire como recurso natural protegido a través de esta vía. Se ha optado por un concepto restringido de medio ambiente que dejará algunos aspectos sin la cobertura adecuada.

5. Daño concreto y cuantificable

Una vez identificados los bienes que son objeto del daño, pasaremos, a continuación, a desarrollar que tipo de daño se tiene que producir sobre esos recursos naturales para que sea considerado como tal. Hemos de tener en cuenta que la Directiva tan sólo abarcará aquellos daños que son concretos y cuantificables²⁰, premisa básica para que dicho daño genere una responsabilidad ambiental.

El hecho de que el daño sea concreto supone un paso más frente a los supuestos de responsabilidad tradicional en los que se exige tan sólo la certeza del mismo, algo que parece acorde con las características de la responsabilidad ambiental. Hemos de tener en cuenta, que es preciso que el daño no solo sea cierto, sino que sea susceptible de “concretarse” con respecto a un área o especie determinada, estableciendo un vínculo causal directo entre el contaminante y el daño causado. Esta formulación dejaría fuera todos los supuestos de lo que se ha venido en denominar “contaminación difusa”, es decir, aquellos supuestos en que si bien hay un daño cierto, este está tan extendido o tiene un carácter tan difuso que sería muy difícil identificar el origen del daño y establecer ese nexo causal. A pesar de la tentación de poder ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva parece efectivamente que este no es el vehículo más adecuado para abordar el fenómeno de la contaminación difusa.

La primera dificultad que encontraremos será la propia naturaleza del daño ambiental aún cuando nos enfrentamos a un daño concreto, es decir, un daño cierto e identificable. Tenemos que tener en cuenta que la mayor parte del daño puede quedar oculto a priori, aparecer a medio o largo plazo, sobre todo por las dinámicas propias de los ecosistemas donde todos los aspectos están interrelacionados de manera que la contaminación, por ejemplo, del agua de un lago tendrá efecto sobre los peces y las plantas que allí habitan pero a su vez, sobre los animales que se alimentan de estos, etc. Las interrelaciones propias de los ecosistemas es lo que confiere al daño ambiental una identidad propia y unas características que hacen, en algunos casos, muy complejo identificar todos los daños ligados a una emisión contaminante²¹.

Además este daño tiene que ser cuantificable, es decir, de ser susceptible de una evaluación. Es indispensable saber no sólo que se ha producido un daño sino cuanto daño se ha producido, lo que implicará una valoración económica del mismo para poder proceder a su reparación si bien este aspecto será analizado con posterioridad.

6. Daño significativo

Por otro lado, la Directiva introduce el concepto de daño significativo, es decir, que sólo estaremos en el ámbito de aplicación de esta Directiva cuando el daño ambiental causado tenga cierta entidad. Ha sido una discusión tradicional, sobre todo si tenemos en cuenta que no todos los instrumentos normativos sobre responsabilidad ambiental, como es el caso del Convenio de Lugano, hacen referencia a la relevancia del daño. El hecho de la introducción del concepto de daño significativo, implica no abarcar todas las supuestas sino aquellos en los que se ha producido un daño relevante. La dificultad estribará, por tanto, en determinar la relevancia necesaria para que un daño pueda ser considerado como tal.

La Directiva ha recogido el guante lanzado por parte de muchas de las entidades que, ya en la consulta pública abierta con motivo de la elaboración del Libro Blanco, señalaban la importancia de atender solo los daños relevantes, si bien, era preciso definir adecuadamente el concepto con el fin de evitar arbitrariedades a la hora de aplicar el régimen de res-

ponsabilidad²². El Libro Blanco incluye por primera vez la referencia al daño significativo: *'There should be a minimum threshold for triggering the regime: only significant damage should be covered. Criteria for this should be derived, in the first place from the interpretation of this notion in the context of the Habitats Directive.* A partir de este momento, comienza un importante debate para la determinación de este "significant damage", destacando en este sentido, el estudio realizado por Macalister and Elliot para la Comisión Europea²³, donde se apuntan varias posibilidades para definir la relevancia del daño, como tomar los umbrales de contaminación ya definidos con respecto a la calidad del aire, agua, subsuelo, etc., como referente. El problema fundamental es la falta de homogeneidad de estos umbrales, que además se definen desde la perspectiva de lo que es tolerable para el ser humano, es decir, se basan, en la mayoría de los casos, en criterios de salud pública y no en criterios medioambientales. El estudio apunta también la posibilidad de incluir una serie de criterios, como pueden ser la extensión, duración y la magnitud del impacto, la reversibilidad del daño, la singularidad de los recursos afectados y la compatibilidad de la actuación con las políticas locales.

La Directiva parte de esta base y ofrece por primera vez unos criterios que tratan de definir el carácter significativo del daño²⁴, si bien, hemos de señalar que la mayor parte de los mismos son de carácter general y necesitarían de ser desarrollados a través de las normativas nacionales. Se señalan varios criterios:

a) *Estado de conservación que tuviera antes de producirse el daño.* Lo cual parece adecuado si tenemos en cuenta que lo que valoramos es el menoscabo adicional que supone la actividad dañosa. Ahora bien, es preciso tener en cuenta dos factores para evitar que este criterio se desvirtúe: en primer lugar, no puede servir de excusa para que se produzcan actividades dañosas en aquellos lugares que, si bien protegidos, no se encuentran en óptimo estado de conservación y, al mismo tiempo, no es imputable al causante del daño una falta de actuación por parte de los poderes públicos a la hora de conservar un determinado paraje.

b) *Prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan.* Es destacable este criterio ya que integra dentro de lo que es el

daño al medio ambiente, uno de los valores añadidos que este ofrece: las posibilidades recreativas (baño, pesca, observación de aves, etc). Sin duda es importante la utilización de este criterio dado el impacto social que suelen tener estos los desastres ecológicos, no sólo por el daño al patrimonio ecológico, sino porque en muchos casos supone una pérdida de posibilidades de esparcimiento, ocio, lo que no es una cuestión baladí en una sociedad cada vez más industrializada. Ahora bien sin negar la importancia de este criterio, no se entiende como la Comisión se ha limitado a referir las posibilidades recreativas que genera y no se ha incluido otros aspectos que pueden ser también de gran importancia, como las posibilidades comerciales o científicas. Es destacable, por tanto, que la Comisión conciba el medioambiente no sólo desde la perspectiva de los beneficios ecológicos que genera sino desde la perspectiva de los beneficios de carácter humano o social, si bien, estos beneficios o "servicios", no se limitan a las posibilidades recreativas que ofrece.

c) *Capacidad de regeneración natural*. A priori parece lógico que sirva para determinar la importancia del daño, la capacidad que tiene el propio hábitat para regenerarse, sobre todo si partimos de la base que este sistema de responsabilidad se establece para devolver el entorno al estado anterior a la producción del daño. De hecho, es el criterio al que parece dar más importancia la Directiva presentándolo en distintos apartados. Tal y como se desprende del texto sólo se considerará el daño como significativo cuando el ecosistema/especie afectado no tenga capacidad para recuperar de manera rápida y espontánea su estado original²⁵.

d) *Daños a la salud humana*. Si nos atenemos a la formulación de la Directiva, nos encontramos ante un supuesto que no admite prueba en contrario. En el caso de que se produzcan daños demostrados para la salud humana, debemos de entender que el daño ambiental es significativo. Este criterio parece recoger la línea desarrollada por la legislación alemana, que recoge en su ley de responsabilidad ambiental *los daños ambientales que causen la muerte o un menoscabo de la salud del hombre o afecten a la propiedad del mismo*²⁶.

A *sensu contrario*, la Directiva no considera significativo el daño en el caso de que se haya producido una variación negativa, inferior a la que

se produciría en condiciones normales, o en el caso de que estas variaciones tengan un origen natural. Por otro lado, el daño no será significativo si se ha producido fruto de una “gestión corriente del paraje”. Para determinar que debemos entender por gestión corriente en este caso, tendremos que acudir a los términos establecidos en Directiva de Hábitat, o en la documentación de objetivos y en caso de que esta no nos pueda servir como referente, acudir con carácter supletorio a la gestión “tradicional o histórica”, si bien la redacción propuesta por la Directiva parece establecer criterios alternativos²⁷.

La Comisión propone al mismo tiempo una serie de datos que es preciso medir para valorar la importancia del daño con respecto a los criterios que se han mencionado

- número de individuos afectados, su densidad o extensión de la zona de presencia
- papel de los individuos
- capacidad de propagación de la especie
- capacidad de regeneración natural de las especies afectadas
- capacidad de recuperación sin más intervención que el aumento de las medidas de protección.

En este sentido, debemos señalar que la regulación es poco clara, lo cual resulta sorprendente si tomamos como base el estudio de Macalister Elliot que la propia Comisión, ha utilizado como referencia. La metodología que se apuntaba en este informe pasa por la realización de “tests de relevancia del daño”²⁸:

a) Se comienza identificando los hábitat singulares o las especies que por su carácter endémico, contribuyen a los objetivos de conservación fijados en la Directiva de Hábitat, dejando fuera aquellas especies que no aportan ese valor determinante por su número, densidad o características especiales.

b) A continuación, mediante los oportunos análisis técnicos se identificarían los daños a corto y largo plazo, directos e indirectos.

c) Por último, se utiliza una matriz donde enfrentamos el bien objeto de conservación con las características que definen un estado favorable de conservación (tamaño del hábitat, interrelaciones entre los elementos que integran el ecosistema y funciones ecológicas del hábitat) indicando, en que supuesto se produce un efecto adverso, y en cuales, este efecto adverso tiene una “*major relevance*”, en la medida en que el estado natural de conservación anterior al daño, no puede alcanzarse de manera espontánea y rápida requiriendo una intervención exterior.

El propio informe señala que se trata de un sistema no totalmente objetivo (*quasi-objective assesment*), sin embargo, coincidimos en que esta fórmula por su simplicidad puede ser interesante a la hora de valorar si estamos ante un daño significativo. No debemos descartar, sin embargo, los denominados “*scoring systems*” que valoran la importancia del daño otorgando una puntuación en función de los recursos afectados, su singularidad e importancia. Estos métodos sí están siendo aplicados, por ejemplo, para autorizar o no intervenciones públicas sobre parajes protegidos y fijar las correspondientes medidas compensatorias, en función de la relevancia del daño que se va a causar al ecosistema. En este sentido, destacamos el sistema establecido por la región alemana de Hesse, que divide la región en una serie de biotipos de distinta importancia medioambiental, sobre la base de 8 características (calidad y naturaleza del biotopo, calidad de las estructuras y las especies, singularidad y vulnerabilidad del biotopo, singularidad de las especies animales y vegetales y, por último, el desarrollo o las tendencias con respecto a la calidad del biotopo afectado). La asignación de un valor (1 a 6) a estas características y la aplicación de una fórmula matemática²⁹ nos permite obtener un resultado objetivo³⁰. A través de esta fórmula, limitamos la inseguridad jurídica que genera la Directiva, que al plantear una regulación tan genérica, que deja abierta la puerta a la discrecionalidad de los Estados miembros o de la autoridad competente para resolver.

7. Daño real o potencial

Tal vez sea uno de los aspectos más destacados de la Directiva en la medida en que se va a aplicar no sólo a los supuestos en que se ha producido un daño real, sino en aquellos casos en que existe una amenaza inminente de daño³¹.

En este sentido, la Directiva continua en la línea marcada por diferentes convenciones internacionales como el Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por daños medioambientales, que en su artículo 18 reconoce un derecho de acción popular para el supuesto de amenaza seria de daño al medio ambiente. En esta misma línea, destacamos el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969, enmendado por el Protocolo de 1984, que establece en su artículo 1.8 la aplicabilidad del convenio, *incluso si no se ha producido un vertido efectivo a las aguas*, imponiendo la adopción de medidas preventivas, siempre que exista una amenaza de daño grave e inminente. Por último, subrayar el sistema que tal vez ha tenido más peso y que ha influido notablemente en la inclusión del la amenaza de daño en el articulado; nos estamos refiriendo al sistema norteamericano de la CERCLA o Superfund³², que establece claramente la responsabilidad por emisiones o riesgo de emisiones. La consideración del riesgo como un elemento más del daño ambiental, es la base de una mecanismo que ha articulado su propio sistema de emergencia ambiental que le permite actuar en caso de riesgo potencial³³.

La existencia, por tanto, de amenaza inminente del daño, pone en marcha el mecanismo de la responsabilidad ambiental a través de la adopción de medidas preventivas que tratarán de evitar el daño o minimizar las consecuencias del mismo. En este sentido, el elemento que debe ser determinante para la “autoridad competente”, a la hora adoptar las medidas preventivas, debería ser la inminencia y el riesgo de que el daño se produzca, y no tanto la gravedad del mismo, que operaría como criterio de segundo orden.

8. Daños transfronterizos

Como conclusión podemos señalar que la Directiva 2004/35/CE, ha sido desarrollada como un mecanismo de protección del patrimonio ambiental comunitario, tan seriamente amenazado, sobre todo si atendemos a los últimos desastres ambientales que asolan Europa. La Directiva destaca por haber regulado aspectos que ningún Estado miembro contemplaba y haber armonizado determinadas cuestiones polémicas que, sin duda, contribuirán a fortalecer los sistemas de protección ambiental de los

países miembros. No sin reconocer el hito legal que supone la adopción de esta Directiva, tenemos que señalar que algunos aspectos no han sido contemplados y, en muchos casos, las instituciones se han escudado en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad para no entrar a conocer determinadas cuestiones polémicas

Una de las cuestiones que queda sin resolver es el caso de los daños transfronterizos. La Directiva se limita a instar a los Estados miembros a “cooperar” en el caso de que se produzca un daño ambiental que afecte o pueda afectar a distintos Estados miembros. Sin embargo, este deber de cooperación, no se concreta más que en una serie obligaciones de información al resto de Estados miembros y a la Comisión y en la posibilidad de proponer medidas preventivas o reparadoras. Consideramos que hubiera sido necesario un esfuerzo normativo mayor con el fin de resolver esta cuestión.

Después de todo lo expuesto, no cabe sino concluir que sin duda el problema más importante con el que se pueden encontrar las autoridades comunitarias es el distinto nivel de conciencia ecológica y desarrollo normativo en los distintos países miembros. Hemos de tener en cuenta que se trata de una Directiva de mínimos, pudiendo los Estados miembros establecer medidas más rigurosas; si consideramos las diferencias existentes en este ámbito entre los Estados miembros, podremos encontrarnos con un importante grupo de países que, presionados por parte de la sociedad o grupos ecologistas, estén dispuestos a adoptar medidas muy restrictivas, frente a otros con una preocupación medioambiental más difusa.

Sin embargo, no debemos olvidar el importante esfuerzo armonizador concretado en la adopción de una Directiva, por lo que nos queda por menos, que otorgar un voto de confianza y esperar a que la misma pueda desplegar todo su potencial.

NOTAS:

¹ El presente artículo forma parte del trabajo de investigación desarrollado por el autor, en el marco de los estudios de tercer ciclo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo.

² El tratado 174.2 del Tratado de la Unión Europea establece que “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

³ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

⁴ Vid art. 3. aptdo. 8) de la Posición común (CE) nº 3/2002, adoptada por el Consejo el 27 de septiembre de 2001, con vistas a la adopción de una por la que se establece el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente (DOCE C 4 de 07.01.2002). En el citado apartado, se contempla la necesidad de una legislación adecuada para la creación de un régimen comunitario de responsabilidad ambiental.

⁵ Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21 de junio de 1993.

⁶ Sobre el concepto de daño ambiental vid. VVAA (Coordinación Luis Ortega Álvarez): *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, Lex Nova, Ed.3ª, Agosto 2002.

⁷ “European biodiversity” means all species and the protected sites they live in and habitats protected under Community legislation and - if the Member State decides so - national and regional law, covering both existing law, any subsequent amendments to the laws, as well as future legislation

Vid. Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage [COM(2002) 17 — C5-0088/2002 — 2002/0021(COD)] — Committee on Legal Affairs and the Internal Market. Rapporteur: Toine Manders (A5-0145/2003). En el mismo sentido, vid el análisis sobre la protección comunitaria de los espacios naturales en NIETO, E. M.: *La protección de las especies salvajes en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid, 2001 (vid. cap. II).

⁸ Vid. Proposed Directive on Environmental Liability - EEB, Birdlife International, Greenpeace, Friends of the Earth Europe, WWF and Seas at Risk letter to the Permanent Representations to the EU (February 13th, 2003).

⁹ La Comisión alega razones de índole práctico para justificar el hecho de referirse sólo a los espacios protegidos por la normativa comunitaria “Liability for biodiversity damage is something new in Europe. This is why it is important to have a very precise and workable definition of biodiversity. The Directive covers damage to all species and habitats protected under the 1992 Habitats Directive as well as most threatened species and migratory birds protected under the 1979 Birds Directive. The Habitats Directive lists 800 animal and plant species, and the Birds Directive identifies 181 vulnerable and threatened bird species. Protected areas under the Habitats Directive - part of the Natura 2000 network - are made up of over 15,500 individual sites and cover almost 14% of EU land territory. These protected species and areas represent biodiversity that has been found to be particularly rich and socially valuable in the EU. Ten years after the entry into force of the Directive in the Member States, this definition will be reviewed and, if appropriate, changed. But it is important to start with an effective and manageable system of liability for damage to biodiversity”. Vid. EUROPEAN COMMISSION: “Questions and Answers Environmental Liability Directive”, RAPID Press Releases, Bruselas, Abril 2004.

¹⁰ El Tribunal de Justicia ha iniciado procedimiento contra ocho Estados miembros por deficiencias en la aplicación de la Directiva de Hábitat. Destacamos el caso de Italia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentenció que, por no haber clasificado un gran número de territorios como zonas de protección especial (ZPE) para la conservación de especies de aves protegidas conforme a la Directiva sobre las aves silvestres y de otras especies migratorias que visitan su territorio con regularidad, Italia no ha cumplido con sus obligaciones derivadas de la Directiva sobre las aves silvestres. Si bien Italia ha registrado progresos importantes en la designación de lugares y en la información sobre los mismos, la red global sigue presentando deficiencias graves. Las regiones de *Lombardía* y *Cerdeña* son las zonas más deficientes: no se contemplan en absoluto 25 zonas importantes para las aves en *Lombardía* y 16 en *Cerdeña*. Como estos fallos no se han subsanado todavía, la Comisión ha remitido a Italia un primer apercibimiento por escrito para que dé cumplimiento a la sentencia. De no hacerlo, se le podrían imponer cuantiosas multas. Sobre la problemática que plantea el concepto de espacio natural vid. TEROL BECERRA, M.J.: *Espacios naturales protegidos y medio ambiente : sobre la sustantividad de las materias competenciales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

¹¹ Todos los lugares de la red deben respetar las salvaguardias fijadas, entre las que se cuentan la evaluación previa de los planes y proyectos potencialmente perjudiciales; el requisito de que estos planes y proyectos se aprueben únicamente si son de un interés público superior y no existe ninguna solución alternativa, y medidas por las que se faciliten hábitats compensatorios en caso de daños.

¹² En este sentido, Vid. BRANS, E. Y UILHORN, M.: *Liability for damage to natural resources*, Erasmus University, Rotterdam, 1997, que refiere a falta de una concepto uniforme un concepto de medio ambiente mucho más amplio; "Although no uniform definition exists, it is possible to identify elements that can be included. The term natural resources includes living and non-living natural resources like land, habitats, fish, wildlife, biota, air, water, ground water and ecosystems". Vid. en el mismo sentido, el art. 2 del **Convenio sobre la Diversidad Biológica** de 22 de mayo de 1992 que define ecosistema como "a dynamic complex of plant, animal and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional unit".

¹³ El art. 3.1. incluye como daños al medio ambiente una introducción en el suelo, el aire o el agua de sustancias, vibraciones, ruido, etc. **Begriffsbestimmungen** (1) *Ein Schaden entsteht durch eine Umwelteinwirkung, wenn er durch Stoffe, Erschütterungen, Geräusche, Druck, Strahlen, Gase, Dämpfe, Wärme oder sonstige Erscheinungen verursacht wird, die sich in Boden, Luft oder Wasser ausgebreitet haben*; Vid. Ley alemana de responsabilidad ambiental 10 diciembre 1990 (**Umwelthaftungsgesetz UmweltHG**).

¹⁴ Vid. *Environmental Protection Act 1990*, Part I, (Preliminary):

The following provisions have effect for the interpretation of this Part.
(2) *The "environment" consists of all, or any, of the following media, namely, the air, water and land; and the medium of air includes the air within buildings and the air within other natural or man-made structures above or below ground.*

(4) *"Harm" means harm to the health of living organisms or other interference with the ecological systems of which they form part and, in the case of man, includes offence caused to any of his senses or harm to his property; and "harmless" has a corresponding meaning.*

¹⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Directiva sobre responsabilidad ambiental "por daño ambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitat naturales protegidos".

¹⁶ El sistema estadounidense de la CERCLA o Superfund, si incluye dentro del concepto de medio ambiente el aire. Según la sección 101, son recursos naturales *"land, fish, wildlife, biota, air, water, ground water, drinking water supplies, and other such resources belonging to, managed by, held in trust by, appertaining to, or otherwise controlled by the United States ... any State or local government, any foreign government, [or] any Indian [T]ribe."* Any member of an Indian Tribe can be a Trustee if the resources are subject to a trust restriction on alienation.

¹⁷ Vid.art 2.10. Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21 de junio de 1993.

¹⁸ Vid. *Code de l'Environnement* francés(Titre V, art 350). "*Sur des territoires remarquables par leur intérêt paysager, définis en concertation avec les collectivités territoriales concernées et lorsque lesdits territoires ne sont pas l'objet de directives territoriales d'aménagement prises en application de l'article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, l'Etat peut prendre des directives de protection et de mise en valeur des paysages*".

¹⁹ El Gobierno español se manifestó el 18 de octubre de 2000, durante el periodo de consultas que se abrió con motivo de la elaboración de Libro Blanco a favor de la incorporación en el concepto de medio ambiente de elementos como el paisaje y el patrimonio histórico cultural.

²⁰ Vid. Exposición de Motivos de la Directiva sobre responsabilidad ambiental

²¹ Como ejemplo de la pluralidad e interrelación de daños que puede provocar una emisión contaminante podemos señalar el estudio realizado por BOCCIO SERRANO, M. "El accidente de Aznalcollar desde la óptica del derecho ambiental comunitario". *MEDIOAMBIENTE & DERECHO-Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, nº 6, Noviembre 2001.

²² En este sentido, se ha manifestado el gobierno británico *"UK agrees with the proposal to apply the regime to environmental damage which is "significant" but considers that further work is needed in defining this concept. The views of Member States' technical experts in the field of intervention thresholds will be particularly important"*. Otras opiniones a favor de la relevancia del daño y la adecuada definición del mismo han sido manifestadas por organizaciones tan dispares como European Environmental Bureau, Landwirtschaftskammern Österreichs, Lawyers for the Environment Group, etc.

²³ Vid. EUROPEAN COMMISSION -DG ENVIRONMENT: *Study on the valuation and restoration of damage to natural resources for the purpose of environmental liability*. Macalister Elliott and Partners Ltd., Mayo 2001.

²⁴ Vid. Anexo I.

²⁵ Tal y como señala el estudio de Macalister Elliot, con respecto al *Blackbird Mine Case*, la regeneración espontánea no es posible de ahí la consideración del daño como relevante *"Damage to the ecosystem was deemed to be reversible, but only through active intervention: natural recovery would not be sufficient to return ecosystem services to baseline level"*. Vid. EUROPEAN COMMISSION -DG ENVIRONMENT: *Study on the valuation* , en op. cit., pág. 11.

²⁶ **"Anlagenhaftung bei Umwelteinwirkungen** Wird durch eine Umwelteinwirkung, die von einer im Anhang genannten Anlage ausgeht, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen". Vid. Art. 1 de Ley alemana de responsabilidad ambiental 10 diciembre 1990 (**Umwelthaftungsgesetz UmweltHG**).

²⁷ El anexo 1 de la Directiva no entiende como daños significativos *"los que se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según los registros de la*

red natura o los la documentación de objetivos o según hayan sido efectuada anteriormente por los propietarios y operadores”.

²⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION -DG ENVIRONMENT: Study on the valuation , en op. cit., págs 14-18..

²⁹ “Each of the above variables is awarded a point value (between one to six points). The environmental value (Biotopwertes) of the more than 180 biotopes covered by the model, is determined by adding up the first four characteristics and multiplying this figure by the sum of the remaining characteristics. This figure is divided by the maximum amount of points that can be attributed to a certain biotope (576) and multiplied by 100. So the following formula is used: $((1 + 2 + 3 + 4) * (5 + 6 + 7 + 8)) / 576] * 100 = \text{number of points (3-100)}$ ”. Vid. EUROPEAN COMMISSION -DG ENVIRONMENT: Study on the valuation , en op. cit., annexes.

³⁰ El informe señala algunos ejemplos:

(per square meter). To give a few examples:13

- Oak tree forest (Eichen - Hainbuchenwald) 56 points

- High-moor bog (Hochmore) 80 points

- Sand dunes (Sanddünen natürlich) 39 points

- Mixed forest (Mittel wald) 56 points

- Pine tree forest (Natürlich Kiefern.) 55 points

Vid. EUROPEAN COMMISSION -DG ENVIRONMENT: Study on the valuation , en op. cit., annexes.

³¹ Vid art. 5 de la Directiva 2004/35/CEE sobre responsabilidad ambiental

³² Vid. COMPREHENSIVE ENVIRONMENTAL RESPONSE, COMPENSATION, AND LIABILITY ACT OF 1980, SEC. 107 [42 U.S.C. 9607] “any person who accepts or accepted any hazardous substances for transport to disposal or treatment facilities, incineration vessels or sites selected by such person, from which there is a release, **or a threatened release** which causes the incurrence of response coats, of a hazardous substance, shall be liable for (...)”.

³³ El National Response System (NRS), implica a organismos federales, estatales y locales dispuestos a responder a las amenazas inmediatas y emergencias medioambientales generadas por la emisión de sustancias contaminantes. El objetivo primordial de este servicio esta adoptar medidas preventivas con el fin de evitar los daños ambientales, respondiendo además de forma rápida en el caso de que estas se produzcan.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA NORMATIVA DE LICENCIAS COMERCIALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Tomás Ivorra Ardite¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La necesidad de obtener licencia comercial para la apertura de grandes establecimientos comerciales en Castilla-La Mancha. 3. Regulación del régimen de licencia comercial específica. 4. El procedimiento para la tramitación de la licencia comercial específica. 5. Caducidad de la licencia comercial. 6. “Revocación” de la licencia comercial. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Hace ya más de una década desde que se inició un interesante, aunque en ocasiones agrio, debate político, doctrinal e, incluso, popular sobre la necesidad de la intervención administrativa en el sector comercial. Dicho debate fue suscitado por la irrupción en el mercado de las grandes superficies y centros comerciales, nuevos formatos comerciales que comenzaban a tambalear los cimientos del mercado de la distribución comercial en España, hasta ese momento basado en el hoy denominado pequeño comercio tradicional.

El legislador español optó entonces por anteponer la intervención administrativa al funcionamiento de los mecanismos de articulación propios del mercado. Para ello, justificándose en (i) la necesidad de asegurar un equipamiento comercial adecuado; (ii) proteger al comercio tradicional; y (iii) salvaguardar la competencia, el legislador estatal aprobó la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, la “**LOCM**”)

Uno de los aspectos más controvertidos de la LOCM es, sin duda, la sujeción de la instalación de grandes superficies comerciales a la previa obtención de una licencia comercial de carácter autonómico. Fruto de la remisión de la LOCM a la regulación autonómica de la licencia comercial ha surgido una multitud de normativas comerciales autonómicas².

Como es de suponer, no han faltado críticas tanto a las medidas adoptadas por la LOCM como a su propia justificación³. Sin embargo, como acertadamente indica BERENGUER FUSTER⁴ *“el debate social acerca del régimen de grandes establecimientos ha ido asumiendo tintes de una enorme simplificación de las posturas contrapuestas que no ayuda a la clarificación de los problemas, ni a su análisis en la medida justa”*. En consonancia con estas palabras, todo debate o posicionamiento social debe permanecer fuera del análisis jurídico. Está, pues, fuera de lugar, y desde luego del ánimo de quien suscribe, todo intento de situarse, y menos de terciar, en un debate social que cuenta ya con ilustres contribuciones. Ello no significa, por el contrario, desterrar del presente artículo toda crítica jurídica.

El propósito de este trabajo es estudiar en profundidad la normativa comercial en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha establecida en la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de comercio minorista de Castilla-La Mancha (la “**LCCLM**”), para realizar una propuesta de revisión o mejora de la misma. El núcleo del artículo, está dedicado a analizar la actual regulación de licencias comerciales en Castilla-La Mancha, para intentar descubrir si esta normativa es capaz de dar respuesta, y en qué medida, a los problemas planteados en la práctica por los promotores y explotadores de grandes superficies comerciales. El análisis se extiende puntualmente al ámbito general de la regulación comercial en las distintas Comunidades Autónomas analizando las posibles formulas existentes en él, al margen de la LCCLM, para saber si podemos encontrar en el resto de la normativa sectorial comercial normas o pautas que den respuesta a las preocupaciones planteadas. Por último, teniendo en cuenta las consideraciones iniciales sobre la LCCLM, la experiencia comparada y la situación y experiencia castellano manchega, se plantean una serie de alternativas de tratamiento futuro del tema objeto de este trabajo.

2. LA NECESIDAD DE OBTENER LICENCIA COMERCIAL PARA LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA

La LOCM constituye el eje central de la política sectorial comercial en España, dado que configura la intervención pública sobre la apertura de

establecimientos comerciales que superan una determinada superficie. Es, por tanto, norma de obligada referencia en el análisis jurídico de cualquier normativa autonómica de regulación de la actividad comercial.

La LOCM encuentra su primordial referente constitucional en el artículo 51.3 de la Constitución Española (“CE”) y surge con el objeto de fijar las bases del comercio minorista. El legislador estatal elaboró la LOCM no sólo con el propósito de establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, sino también como *“base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia”*⁵.

Lejos de este loable propósito se situaban las consecuencias que, según el Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), conllevaría la implantación de las determinaciones del entonces proyecto de LOCM⁶.

Los fatalistas augurios del TDC no parecieron frenar los deseos de intervenir en el sector comercial del legislador estatal, quien, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11^a y 13^a de la CE, aprobó la LOCM perfilando el mecanismo básico de intervención administrativa en la regulación espacial del comercio sobre la figura jurídica de la licencia comercial específica para la instalación de grandes superficies comerciales. El objeto de la LOCM es, precisamente, reconocer el principio de libertad de implantación (artículo 38 de la CE) y establecer, dentro de ese marco de libertad, la ordenación general de la licencia comercial para todo el territorio nacional, o, lo que es lo mismo, establecer las coordenadas aplicables uniformemente cuando se limita la libertad de implantación comercial mediante la aplicación de dicho sistema de control autonómico.

No obstante, la LOCM no contiene un completo régimen jurídico de la instalación de grandes establecimientos comerciales dado que el Estado no es el único órgano con competencias en materias que afectan a la política sectorial comercial⁷. Conforme establece la **disposición final única de la LOCM** (enfaticando la aplicación uniforme, en todo el territorio estatal, de muchas de sus normas) las competencias estatales en la materia se concretan en los siguientes aspectos de la regulación⁸:

- En ejercicio de la competencia estatal exclusiva prevista en los artículos 149.1.6º y 8º de la CE es legislación estatal la definición de comercio minorista y los principios generales del régimen de infracciones y sanciones.
- En ejercicio de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.13º de la CE se declaran normas básicas, el concepto de establecimiento comercial y de gran establecimiento, la libertad de establecimiento comercial y la sumisión a autorización de la apertura de grandes establecimientos comerciales.
- Conforme a lo previsto en el artículo 149.1.1º y 18º de la CE se declara básico el concepto de reincidencia y el régimen de graduación y prescripción de las sanciones.

Sobre la base de este entrecruzamiento de títulos competenciales, y respetando la reserva de ley requerida por el artículo 51.3 de la CE, el legislador castellano manchego dictó la LCCLM. La LCCLM vino a desarrollar la competencia exclusiva que en materia de comercio interior atribuyó a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de Castilla-La Mancha (“**ECLM**”)⁹, así como la competencia de desarrollo legislativo y ejecución atribuida por el artículo 32.6 del ECLM¹⁰. La LCCLM, según la propia exposición de motivos de la norma:

- a) Determina lo que se considera un establecimiento comercial, excluyendo del concepto los mercados mayoristas, los centros comerciales y los mercados municipales. Al respecto, la Ley 1/2004, de 1 de abril, de modificación de la LCCLM, varía el concepto originario de gran establecimiento comercial.
- b) Determina los supuestos de sujeción a licencia comercial específica, siendo, fundamentalmente, la apertura o traslado de un gran establecimiento comercial, ampliación de establecimientos comerciales o de un gran establecimiento comercial ya existente, modificación de la actividad o del sector al que se dedicaba un gran establecimiento comercial autorizado y reapertura de un gran establecimiento comercial que haya permanecido cerrado más de un año. Según la propia Exposición de Motivos de la LCCLM, la ley “*regula pormenorizadamente la licencia comercial específica para grandes estableci-*

- mientos comerciales () evitando aquellos proyectos claramente especulativos en el ámbito inmobiliario que nada tienen que ver con la realidad social y económica de Castilla-La Mancha*¹¹;
- c) Establece el procedimiento para la concesión de la licencia comercial específica y “concreta y perfecciona los criterios de concesión o denegación de la licencia, con objeto de disminuir la discrecionalidad y garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de empresa”; y
- d) Por último, somete la tramitación de la licencia comercial específica al abono de una tasa específica para “desincentivar operaciones puramente especulativas”¹².

Todo ello, según la LCCLM, supone el intento de realizar “una razonable ponderación entre la importancia de los intereses implicados en la regulación y los costes eventuales de una normativa excesivamente interventora”¹³.

3. REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LICENCIA COMERCIAL ESPECÍFICA

3.1. Concepto de gran establecimiento comercial

El artículo 2 apartado 3 del la LOCM deja vía libre a las Comunidades Autónomas para que establezcan “los requisitos en virtud de los cuales se otorgará la calificación de gran establecimiento”, determinando sin embargo que “en todo caso”¹⁴ todo establecimiento comercial de venta al por menor de cualquier clase de artículos con una superficie útil de exposición y venta al público superior a 2.500 m² requerirá para su apertura de una licencia comercial cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración Autonómica¹⁵.

Como hemos mencionamos, el artículo 3.2 de la LOCM se configura, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final de la citada normativa, como norma básica dictada al amparo del artículo 149.1.13 de la CE. Dicho precepto ha dado tal grado de libertad a las Comunidades Autónomas en el establecimiento del concepto de gran establecimiento comercial que ha logrado que dicho concepto no sea unánime en todo el territorio nacional. En efecto, en un primer momento, las Comunidades

Autónomas han tendido a “conceptuar” como grandes establecimientos comerciales, establecimientos con superficie útil de exposición y venta al público muy inferior a la establecida por la LOCM¹⁶. Las Comunidades Autónomas¹⁷ han creado definiciones bastante “personalizadas” de gran establecimiento comercial, atendiendo a la superficie de ventas, al tipo de artículo vendido, a la población del municipio, etc.

En el caso concreto de la normativa castellano-manchega, la LCCLM consideraba grandes establecimientos comerciales “*los establecimientos individuales dedicados al comercio minorista, polivalente o especializado, que tengan una superficie útil para venta y exposición de productos superior a los 2.000 metros cuadrados, estén o no integrados en un establecimiento de carácter colectivo*”.

Tanto el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, en su Dictamen 3/1998, sobre el Anteproyecto de Ley de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha, como el Partido Popular propusieron la adopción de criterios adicionales al de la superficie de la sala de ventas (en concreto, el tamaño de la población) para la conceptualización del gran establecimiento comercial¹⁸.

No obstante lo anterior, la modificación de la LCCLM efectuada por Ley 1/2004, de 1 de abril, ha venido a adoptar los criterios adicionales para la definición de los grandes establecimientos comerciales propuestos por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha y el Partido Popular que fueron rechazados seis años antes. En efecto, el artículo 3.1 de la LCCLM, conforme a la redacción dada por la Ley 1/2004, de 1 de abril, considera grandes establecimientos comerciales los establecimientos individuales dedicados al comercio minorista, polivalente o especializado, estén o no integrados en un establecimiento de carácter colectivo, que tenga las siguientes características:

Superficie útil para la venta y exposición de productos	Población
≥ 2.000 m ²	≥ 25.001 habitantes
≥ 1.000 m ²	10.001 ≥ y < 25.000 habitantes
≥ 750 m ²	< 10.000 habitantes

La justificación formal de esta nueva conceptualización de los grandes establecimientos comerciales dada por el legislador castellano manchego viene reflejada en el Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2004, en el que señala que esta nueva definición de gran establecimiento comercial consigue “*racionalizar mejor el crecimiento del comercio, sobre todo de las grandes superficies comerciales*” en Castilla-La Mancha y “*conseguir una mejor supervivencia del pequeño comercio, del comercio tradicional*”.¹⁹.

3.2. Precisiones sobre el concepto de gran establecimiento comercial.

La definición de gran establecimiento comercial dada por la LCCLM presenta, pues, las siguientes características:

- a) Establecimientos comerciales individuales...
Conforme a lo establecido en el artículo 2 de la LOCM, norma de carácter básico, tienen la consideración de establecimientos comerciales los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o en temporadas determinadas²⁰.
- b) ... dedicados al comercio minorista ...
No encontramos en la LCCLM definición alguna de establecimiento dedicado al comercio minorista, dado que dicha definición es competencia estatal exclusiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.1.6ª y 8ª de la CE. La LOCM define por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento²¹.
- c) ... polivalente ...
La LCCLM no establece una definición legal de establecimiento comercial polivalente, lo que deja cierta discrecionalidad a la Administración para decidir cuándo un establecimiento comercial es considerado polivalente y cuándo no. No obstante, podemos definir establecimiento comercial polivalente como aquel establecimiento

comercial que distribuye su oferta en un surtido variado de productos, fundamentalmente de carácter alimentario y del hogar.

d) ... o especializado

Tampoco define la LCCLM el concepto de establecimiento comercial especializado. Remarcamos, de nuevo, la inseguridad jurídica provocada por la ausencia de una definición legal de establecimiento comercial especializado. Sin embargo, podemos entender por tal, las superficies comerciales especializadas en el equipamiento de las personas, deportes, equipamiento del hogar y de oficinas, así como los dedicados a la venta de automóviles y demás vehículos, maquinaria, materiales de construcción y artículos de saneamiento, muebles y accesorios, artículos de ferretería, centros de jardinería y otros sectores específicos.

Es de hacer notar que la legislación autonómica de Castilla-La Mancha especifica en su definición que los umbrales mínimos de superficie se aplican tan sólo a establecimientos individuales. En este sentido, la LCCLM, en su artículo 3.3, excluye expresamente del concepto de gran establecimiento comercial:

a) Los mercados mayoristas.

Los mercados mayoristas, por contraposición a la definición de establecimiento comercial minorista, son aquellos establecimientos abiertos al público donde se lleve a cabo la venta de productos en cantidad superior a las necesidades normales de un consumidor común.

b) Los centros comerciales en los que los distintos establecimientos estén previstos para su explotación en forma empresarialmente independiente, sin perjuicio de que los establecimientos comerciales radicados en ellos puedan merecer la calificación de gran establecimiento.

Nos encontramos, pues, ante una definición de centro comercial razonablemente amplia que prima, como criterio determinante el desarrollo de actividades "*empresarialmente independiente*".

c) Los mercados municipales en los que los distintos establecimientos estén previstos para su explotación en forma empresarialmente independiente, sin perjuicio de que los establecimientos comerciales

radicados en ellos puedan merecer la calificación de gran establecimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que las exclusiones establecidas en el artículo 3.3 de la LCCLM deben ampliarse a cualquier establecimiento de carácter colectivo explotado de forma empresarialmente independiente (ya sean centros comerciales, mercados, parques comerciales, *town centre malls*²², *factory outlets centres*²³...). Resulta curioso que el legislador no haya optado por sujetar la instalación de grandes superficies comerciales de carácter colectivo a la obtención de licencia comercial²⁴. La legislación castellano manchega, junto con la gallega y la murciana, son las únicas que excluyen los establecimientos comerciales colectivos del concepto de gran superficie comercial²⁵.

3.3. Concepto de superficie útil para la venta y exposición de productos.

A los efectos de la consideración de un establecimiento comercial como gran establecimiento comercial, el artículo 3.2. de la LCCLM define el concepto de superficie útil para la exposición y venta de artículos, comúnmente denominada sala de ventas, como *“aquella en que se expongan los productos, habitual y ocasionalmente, así como los espacios destinados al tránsito de personas y a la presentación, dispensación y cobro de los productos. No se computarán los aparcamientos ni los lugares exteriores en los que no se expongan productos para su venta”*²⁶.

Esta redacción parece no contemplar la posibilidad de existencia de grandes establecimientos comerciales integrados dentro de establecimientos comerciales colectivos o en coexistencia con zonas de ocio, compartiendo zonas de *“tránsito de personas”* comunes (por ejemplo, los *malls* o pasillos de acceso al establecimiento comercial). La aparente sencillez del precepto puede ocasionar serias dudas acerca de la inclusión de superficie de zonas comunes del establecimiento comercial colectivo dentro del cómputo de la sala de ventas del establecimiento comercial individual o, en su caso, el criterio de proporcionalidad que debería aplicarse para calcular la superficie de zonas comunes a computar como sala de ventas del establecimiento comercial individual integrado en un establecimiento comercial colectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LCCLM, la definición de sala de ventas presenta las siguientes peculiaridades:

- a) La definición de sala de ventas incluye (i) los espacios destinados a la exposición al público de los artículos ofertados, ya sea mediante mostradores, estanterías, vitrinas, góndolas, cámaras o murales; (ii) las cajas registradoras (incluyendo, en su caso, la caja central); y (iii) en general, todos los espacios destinados a la permanencia y paso del público (por ejemplo, probadores, las zonas situadas entre las cajas y las puertas de salida o la superficie destinada a embalaje a disposición de la clientela). También se incluyen los lugares exteriores en los que se expongan productos para su venta como, por ejemplo, mostradores móviles en las zonas de estacionamiento.
- b) La definición de sala de ventas excluye las superficies destinadas a aparcamiento (siempre que se utilicen con fines distintos de la exposición y venta de artículos), carga y descarga, almacenes no visitables por el público, oficinas locales técnicos o los destinados a tareas administrativas (contabilidad, dirección, etc.) de los grandes establecimientos comerciales y, en general, todas aquellas dependencias o instalaciones de acceso restringido al público.

Suele ser habitual en la práctica que algunos establecimientos comerciales individuales integren en el mismo local zonas mixtas destinadas a comercio, ocio y/o restauración (por ejemplo, restaurantes que integren zonas comerciales de venta de artículos). Entendemos que las zonas de ocio y restauración no computarían a efectos del cálculo de la sala de ventas dado que ni dichos conceptos se incluyen expresamente en la definición de sala de ventas ni de la definición de sala de ventas establecida en la LCCLM puede deducirse la inclusión de dichas zonas. No obstante, resurge la cuestión planteada al principio de este epígrafe sobre el cómputo de las zonas comunes a las superficies de ocio, restauración y comercio y el criterio que ha de seguirse para el cálculo de la sala de ventas²⁷.

3.4. Actos que requieren licencia comercial específica.

El artículo 4.1 de la LCCLM requiere la obtención, con carácter general, de la licencia comercial de gran establecimiento para la apertura

o traslado de un gran establecimiento comercial. El artículo 4.3 de la LCCLM amplía los supuestos de sujeción a la obtención de licencia comercial en los siguientes casos: (a) La ampliación de establecimientos comerciales en el caso en el que la superficie útil de la ampliación haga que el establecimiento alcance la consideración de gran superficie comercial²⁸; (b) La ampliación de un gran establecimiento comercial ya existente, que supere el 10% de la superficie de exposición y venta inicial, y toda ampliación sucesiva, aunque no alcance el porcentaje referido; (c) La modificación de la actividad o sector del comercio a que se dedique un gran establecimiento comercial autorizado; y (d) La reapertura de un gran establecimiento comercial que haya permanecido cerrado por más de un año. En estos casos la obtención de la licencia comercial debe ser previa y necesaria a la concesión de las licencias municipales.

3.4.1. Apertura de un gran establecimiento comercial.

Según el artículo 4 apartados 1 y 2 de la LCCLM, la apertura, que no la instalación²⁹, de un gran establecimiento comercial requiere la obtención de la licencia comercial específica previa a la concesión por los Ayuntamientos de las correspondientes licencias municipales³⁰.

Como ya defendí junto a CHAMARRO STORMS para otras Comunidades Autónomas³¹ cuya argumentación, a la que me remito, es plenamente aplicable a la LCCLM, no resulta razonable sujetar la concesión, al menos, de la licencia de obras o construcción a la previa obtención de la licencia comercial³².

3.4.2. Traslado de un gran establecimiento comercial.

La LCCLM sujeta a licencia comercial específica el traslado de una gran superficie comercial dentro o fuera del término municipal de implantación inicial. Es de hacer notar, siguiendo el texto del artículo, que en el caso de traslado jugarán las limitaciones de superficie establecidas en el artículo 3.1 de la LCCLM en función del término municipal al que se efectúe el traslado. Esto puede tener como consecuencia que un establecimiento que en su emplazamiento originario no cumplía con los requisitos de superficie para ser considerado gran establecimiento comercial llegue a superarlos en su

nueva ubicación, no porque haya aumentado su superficie de ventas, sino simplemente porque según el tamaño del municipio de nueva instalación le sea aplicable un umbral diferente de lo que constituya gran establecimiento comercial; o que, por el contrario, un establecimiento que originariamente tenía la consideración de gran establecimiento comercial, deje de tenerlo por el hecho de desplazarse a un municipio vecino de mayor población³³.

3.4.3. Ampliación de un establecimiento comercial que alcancen la consideración de gran establecimiento comercial.

El artículo 4.3.a) de la LCCLM somete a la previa obtención de licencia comercial las ampliaciones de establecimientos comerciales en el caso en el que la ampliación haga que el establecimiento alcance la consideración de gran superficie comercial. La interpretación literal del artículo 4.3.a) de la LCCLM conforme a su redacción original³⁴ podía hacer pensar que todas las ampliaciones de establecimientos comerciales que alcanzasen los 2.000 metros cuadrados estaban sujetas a la previa obtención de una licencia comercial específica. Sin embargo, en estos supuestos, resultaba lógico pensar que el cómputo de las superficies a efectos de ampliación de establecimientos comerciales había de hacerse con los mismos criterios que definían lo que había de considerarse como un gran establecimiento comercial.

La modificación del artículo 4.3.a) de la LCCLM realizada por Ley 1/2004, de 1 de abril, ha resuelto las posibles dudas interpretativas del precepto citado al sujetar a licencia comercial específica *"la ampliación de establecimientos comerciales cuando como consecuencia de la misma éstos lleguen a alcanzar una superficie útil para venta y exposición de productos igual o superior a: - los 2.000 m² en los municipios con población igual o superior a los 25.001 habitantes; -los 1.000 m² en los municipios con población comprendida entre los 10.001 y 25.000 habitantes; y -los 750 m² en los municipios con población igual o inferior a los 10.000 habitantes"*.

3.4.4. Ampliación de grandes establecimientos comerciales ya existentes.

Por el contrario, el legislador autonómico no ha resuelto la duda interpretativa mencionada en el apartado para los supuestos de amplia-

ción de grandes establecimientos comerciales ya existentes. En efecto, el artículo 4.3.b) de la LCCLM señala que estarán sujetos a licencia comercial *“la ampliación de un gran establecimiento comercial ya existente, que supere el 10% de la superficie de exposición y venta inicial, y toda ampliación sucesiva, aunque no alcance el porcentaje referido”*.

No establece dicho precepto si, a los efectos de sujeción a licencia comercial específica, debe considerarse cualquier ampliación del gran establecimiento comercial o únicamente las ampliaciones de superficie útil de exposición y venta de productos.

La literalidad del precepto indicaría que cualquier ampliación, ya sea superficie útil de exposición y venta al público ya sea superficie de ocio, que superase el 10% de la superficie de exposición y venta inicial, estarían sujetas a la obtención de licencia comercial. No obstante, a pesar de la redacción de la LCCLM, en estos supuestos, resulta lógico pensar que el cómputo de las superficies a efectos de ampliación de grandes establecimientos comerciales ha de hacerse con los mismos criterios que definen lo que ha de considerarse como un gran establecimiento comercial. Por tanto, las ampliaciones de un gran establecimiento comercial previamente autorizado sólo estarán sujetas a licencia comercial cuando aumenten la superficie de la sala de ventas anteriormente autorizada y no en el caso de que se refieran a ampliaciones de otras superficies³⁵.

Respecto a la necesidad de obtener la licencia comercial específica para las ampliaciones de grandes establecimientos ya existentes, el artículo 4.3.b) de la LCCLM exceptúa la primera ampliación, siempre que la superficie de exposición y venta (entendemos, conforme a lo expuesto anteriormente) no se incremente en más de 10% de la superficie de exposición y venta inicialmente autorizada. Al respecto, conviene matizar que la excepción afecta únicamente (i) a primeras modificaciones (no a segundas o ulteriores modificaciones); y (ii) de grandes establecimientos comerciales existentes³⁶.

3.4.5. La modificación de la actividad o sector del comercio a que se dedique un gran establecimiento comercial autorizado.

El artículo 4.3.c) de la LCCLM sujeta a licencia comercial específica la modificación de la actividad o sector del comercio a que se dedique

un gran establecimiento comercial autorizado. El motivo de someter estos supuestos a obtención de licencia comercial deriva del posible cambio de los criterios que se tuvieron en cuenta en el momento de conceder la licencia comercial específica. Como analizaremos en el apartado , entre los criterios a ponderar en la concesión de la licencia comercial se valora tanto la existencia de un equipamiento comercial adecuado a las necesidades de la población como los efectos del establecimiento proyectado sobre la estructura comercial de la zona. Resulta lógico que el cambio de actividad o sector del comercio a que se dedique el gran establecimiento comercial autorizado pueda suponer un cambio en los criterios de valoración que se tuvieron en cuenta en el momento de concesión de la licencia comercial³⁷. Se plantea de nuevo aquí la situación de un gran establecimiento comercial que decide destinar parte del establecimiento comercial a una actividad distinta de la inicialmente autorizada (por ejemplo, una superficie especializada en bricolaje que incorporase en parte de su establecimiento un apartado destinado a la venta de libros y discos). Siguiendo la interpretación literal del precepto y el razonamiento expuesto en el apartado anterior, el supuesto estaría sujeto a la obtención de una nueva licencia comercial específica.

3.4.6. La reapertura del gran establecimiento comercial.

Finalmente, la LCCLM, en su artículo 4.3.d), sujeta a licencia comercial específica la reapertura de un gran establecimiento que haya permanecido cerrado por más de un año. Esta exigencia de licencia comercial es, en cierta medida, contradictoria con el carácter indefinido de la licencia comercial que predica el artículo 5.1 de la LCCLM, máxime cuando éste no establece expresamente como motivo de caducidad o pérdida de vigencia de la licencia comercial el cierre por más de un año del gran establecimiento comercial³⁸.

3.5. Los supuestos de cesión y cambio de titularidad.

El artículo 4 de la LCCLM, en sus apartados 4 y 5, establece un régimen de autorización y comunicación, respectivamente, para las cesiones de licencia comercial específica previas a la apertura del establecimiento y los cambios de titularidad de licencia comercial. La parquedad de

la LCCLM en estos supuestos hace florecer, sin duda, una multitud de interrogantes en estos dos supuestos.

3.5.1. Cesión de la licencia comercial con carácter previo a la apertura del gran establecimiento.

El artículo 4.4 de la LCCLM establece la prohibición de ceder intervivos la licencia comercial antes de la apertura del gran establecimiento comercial sin la previa autorización de la Consejería de Industria y Tecnología, salvo en los casos de fusión o absorción de la empresa peticionaria por un tercero. Para que la cesión de la licencia comercial esté sujeta a autorización deberán darse las siguientes condiciones:

- a) La licencia comercial específica deberá cederse intervivos. Por tanto, la LCCLM no sujeta a autorización la cesión de licencia comercial específica cuando esta se produzca *mortis causa*;
- b) La cesión deberá realizarse antes de la apertura del gran establecimiento comercial. Las cesiones posteriores a la apertura del gran establecimiento comercial no están sujetas a autorización;
- c) La LCCLM excepciona los supuestos de fusión o absorción de la empresa titular de la licencia comercial por un tercero.
- d) La compraventa de acciones del titular de la licencia comercial no está, pues, sujeto a autorización. La autorización de la Consejería de Industria y Tecnología debe ser previa a la cesión de la licencia comercial.

La LCCLM no regula cómo debe realizarse esta solicitud de autorización ni qué documentos deben acompañarse a la citada solicitud.

Por último, señala el artículo analizado que, en todo caso, el cesionario quedará subrogado en los compromisos contraídos con el cedente con la Administración Regional.

3.5.2. Cambio de titularidad de un gran establecimiento comercial.

El artículo 4.5 de la LCCLM establece la obligación de comunicar tanto a la Administración autonómica como a la Administración local cualquier cambio en la titularidad de un gran establecimiento comercial.

La interpretación literal del precepto lleva a concluir que los cambios en la titularidad del gran establecimiento comercial, que no de la titularidad de la licencia comercial específica, deberán comunicarse tanto a las Autoridades autonómicas como a las locales. El precepto parece presumir que todo cambio de titularidad de gran establecimiento comercial conlleva un cambio en la titularidad de la licencia comercial. Por el contrario, puede ocurrir que el cambio de titularidad de gran establecimiento comercial no suponga un cambio en la titularidad de la licencia comercial³⁹. Sin embargo, en el supuesto contrario, esto es, el cambio de explotador comercial manteniendo el fondo de inversión la titularidad del inmueble, no estaría sujeto a intervención administrativa alguna⁴⁰.

El precepto no establece tampoco cuándo debe realizarse esta comunicación: si ésta debe realizarse con carácter previo o posterior a la operación que conlleve el cambio de titularidad del gran establecimiento comercial. Asimismo, tampoco regula cómo debe realizarse esta comunicación ni qué documentos deben acompañarse a la citada comunicación.

4. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL ESPECÍFICA.⁴¹

El procedimiento para la tramitación de la licencia comercial viene detallado en los artículos 6 a 11 de la LCCLM. Como comprobaremos en los siguientes apartados, el procedimiento establecido por la LCCLM es muy casuístico y detallado. Sin embargo, como hemos descrito en el apartado, para los supuestos de autorización (cesión de la licencia comercial específica) o comunicación (cambio de titularidad de la licencia comercial) la LCCLM no detalla, ni siquiera establece, el procedimiento que debe seguir el interesado.

4.1. La solicitud de licencia comercial específica.

4.1.1. Inicio del procedimiento: solicitud a instancia de parte.

El procedimiento para la obtención de la licencia comercial se inicia a instancia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Consejero de Industria y Tecnología por cualquiera de los medios admi-

tidos en la legislación general. La solicitud que inicie el procedimiento para la obtención de la licencia comercial debe contener, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (“**L30/92**”) los siguientes extremos:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
Al respecto, la LCCLM exige que a la solicitud se acompañen los siguientes documentos por duplicado:

Personas físicas	Fotocopia del Documento Nacional de Identidad -o documento análogo si se trata de persona extranjera- y, en su caso, representación que se ostenta ⁴² .
	Fotocopia del Número de Identificación Fiscal o documento análogo si se trata de persona extranjera.
Personas jurídicas	Fotocopia del Documento Nacional de Identidad del representante legal de la entidad ⁴³ acreditando el carácter con que intervienen en representación de la entidad mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho.
	Fotocopias legalizadas de sus Escrituras de Constitución, debidamente inscritas en el Registro correspondiente, así como de las modificaciones que hayan tenido lugar.
	Fotocopia del Código de Identificación Fiscal de la sociedad.
	Fotocopia de las cuentas anuales del último ejercicio depositadas en el Registro Mercantil ⁴⁴ .
	Certificación de estar al corriente en obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

En todo caso, si el promotor es distinto de la empresa que explotará el establecimiento comercial aislado o integrado en un centro comercial colectivo, deberá identificar a este último, acreditando la representa-

ción de sus intereses y el poder suficiente para comprometerse en su nombre.

La LCCLM prevé, pues, que la solicitud de licencia comercial específica de gran establecimiento la puedan realizar tanto el promotor del establecimiento comercial de carácter individual o colectivo como el explotador del establecimiento comercial individual. En el primero de los casos, exige la normativa que se identifique al explotador del establecimiento individual⁴⁵. Sin embargo, la LCCLM no prevé la posibilidad -caso en la práctica muy frecuente- de que el promotor desconozca la enseña del gran establecimiento comercial individual. En efecto, puede ocurrir que en el momento de solicitar la licencia comercial específica no exista todavía un explotador para el establecimiento individual porque el establecimiento comercial colectivo se encuentre pendiente de comercializar. En estos casos, la necesidad de identificar al explotador de la licencia comercial dificulta enormemente la construcción del gran establecimiento aislado o integrado, máxime cuando la propia LCCLM impide el otorgamiento de la licencia de obras con carácter previo a la obtención de la licencia comercial específica (vid.).

- b) Hechos, razones y petición (obviamente, la concesión de la licencia comercial específica) en que se concrete, con toda claridad, la solicitud. A la solicitud deberán acompañarse los documentos que detallamos en el apartado .
- c) Lugar y fecha de la solicitud.
- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. En este caso, como hemos comentado con anterioridad, la solicitud debe dirigirse al Consejero de Industria y Tecnología.

4.1.2. Lugar de presentación de la solicitud de licencia comercial específica.

La solicitud debe presentarse en el Registro General de la Consejería de Industria y Tecnología⁴⁶.

4.1.3. Sujetos obligados.

Como exponemos en el apartado del trabajo, los sujetos obligados a solicitar licencia comercial específica de gran establecimiento son tanto el promotor del gran establecimiento comercial de carácter individual o colectivo (para los grandes establecimientos comerciales individuales integrados en él) como el explotador del gran establecimiento comercial individual. En el primero de los casos, exige la normativa que el promotor identifique al explotador del establecimiento individual.

4.1.4. Documentación.

Como hemos adelantado en el apartado , la solicitud de licencia comercial específica debe presentarse acompañada no sólo de la documentación acreditativa de la personalidad del solicitante (ya descrita en el citado apartado) sino también acompañada de la siguiente documentación:

- 1.- Certificación registral u otro documento público que pruebe que el solicitante ostenta sobre el terreno en cuestión un derecho que le permita emprender la edificación del establecimiento⁴⁷.
- 2.- Certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento, u otro funcionario municipal debidamente habilitado al efecto, que (a) acredite la conformidad del Anteproyecto con la clasificación y calificación urbanística de los terrenos en los que pretende implantarse; y (b) deje constancia expresa de que el gran establecimiento comercial puede ejecutarse sin necesidad de que con posterioridad al otorgamiento de la licencia comercial específica sea necesario bien la aprobación de planeamiento urbanístico, bien la aprobación de instrumentos de ejecución de planeamiento urbanístico mediante actuaciones urbanizadoras⁴⁸, bien el otorgamiento⁴⁹ de calificación urbanística para la legitimación de obras, construcciones o instalaciones en suelo rústico⁵⁰.
- 3.- Descripción del tipo de establecimiento que se desea implantar, haciendo constar la superficie edificada total, la superficie útil para la exposición y venta de productos, así como la destinada al tránsito de perso-

nas, almacén u otros usos. En el supuesto de tratarse de un establecimiento integrado en un centro comercial, se hará constar el número de locales de venta, su distribución y tamaño.

4.- Descripción de la superficie destinada a aparcamiento y número de plazas.

En todo caso, dispone la LCCLM que, sin perjuicio de cualquier otra determinación urbanística que establezca una exigencia mayor, los establecimientos que requieran licencia comercial específica deberán disponer, para uso exclusivo de sus clientes y empleados, de una dotación mínima de aparcamiento⁵¹, conforme a las siguientes reglas:

-Hasta 1.000 m² de superficie útil para venta y exposición de productos: Una plaza por cada 16 m².

-Cuando la superficie útil para venta y exposición de productos del establecimiento exceda de 1.000 m², se dotará de una plaza por cada 12 m² de dicho exceso. A esta dotación se le sumará la resultante de aplicar la regla establecida en el párrafo anterior.

En las zonas que se creen para estacionamiento de vehículos ligeros, deberán reservarse plazas destinadas a vehículos que transporten a personas con movilidad reducida permanente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras en Castilla-La Mancha.

5.- Anteproyecto técnico que recoja los planos de planta, alzado y secciones del establecimiento. Tal documento deberá ser idéntico al que haya servido de base para la emisión del certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento, u otro funcionario municipal debidamente habilitado al efecto, descrito anteriormente, a cuyo efecto deberá contar con la diligencia que acredite esa identidad, debidamente suscrita por el funcionario emisor de aquel certificado.

6.- Plano de localización geográfica en el término municipal en el que se pretende instalar, su distancia al centro urbano y viarios de acceso de su entorno inmediato.

7.- Presupuesto global del establecimiento proyectado, así como su desglose por capítulos.

- 8.- Descripción de los productos que se comercializarán en el nuevo establecimiento, las distintas secciones del mismo y servicios accesorios o secundarios ofrecidos a la clientela.
- 9.- Memoria descriptiva del empleo que se prevé generar, con indicación de la plantilla total del establecimiento y modalidades de contratación. Establece expresamente la LCCLM que los compromisos que el promotor adquiera al respecto podrán incorporarse, en su caso, como condiciones de la licencia, cuyo incumplimiento posibilitará su revocación⁵².
- 10.- Calendario previsto para la realización del proyecto. Establece expresamente la LCCLM que los compromisos que el promotor adquiera al respecto podrán incorporarse, en su caso, como condiciones de la licencia, cuyo incumplimiento posibilitará su revocación.
- 11.- Informe de la viabilidad económica del proyecto, junto con un estudio de mercado con las previsiones de facturación.
- 12.- Informe sobre el impacto económico del proyecto, destacando los efectos que ha de producir sobre los precios, el nivel y calidad de la oferta, el flujo comercial y las cuotas de mercado en el sector de la distribución, que resultaría de su implantación.
- 13.- Informe de evaluación del impacto ambiental del proyecto.
- 14.- Informe de la incidencia del proyecto sobre la red vial, el tráfico y los servicios urbanos.
- 15.- Informe sobre la incidencia del proyecto sobre el empleo en la zona. Además de la documentación señalada, debemos recordar que el solicitante debe acreditar el abono de la tasa por solicitud de licencia comercial de grandes establecimientos. La tasa, que tiene un importe variable (3 euros por cada metro cuadrado de superficie útil de exposición y venta del establecimiento proyectado), debe ser pagada por quién solicite la licencia comercial, bien el promotor bien el explotador, en el momento de presentar la solicitud y es independiente de que posteriormente se conceda o no la licencia comercial.

No obstante lo anterior, y cualquiera que sea el supuesto, la Consejería de Industria y Tecnología puede recabar del interesado cuanta documentación o información adicional considere necesaria para la valoración del mismo.

Asimismo, si la solicitud no reúne los requisitos exigidos o en el caso de falta de la documentación necesaria establecida en la LCCLM, la Consejería de Industria y Tecnología puede requerir al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la L 30/92 conforme a la redacción dada por la Ley 4/1999, de modificación de la L 30/92 (“L 4/99”).

4.2. Informes.

Presentada y completada la solicitud, la Dirección General de Promoción Empresarial y Comercio de la Consejería de Industria y Tecnología solicita los siguientes informes, remitiendo a las organizaciones citadas a continuación un extracto del expediente objeto de informe y sin perjuicio del examen de la documentación necesaria que pueda solicitarse: (a) Informe del Ayuntamiento correspondiente; (b) Informe de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la provincia; (c) Informe de la Confederación Regional de Empresarios y organizaciones empresariales más representativas; (d) Informe de organizaciones de consumidores y usuarios; (e) Informe de la Federación Regional de Municipios y Provincias; (f) Informe de los Sindicatos más representativos; (g) Informe del TDC; y (h) cuantos informes considere convenientes.

Los informes descritos en las letras a), b), c), d), e), y f) serán evacuados en el plazo de 15 días, transcurrido el cual sin haberse emitido se proseguirán las actuaciones.

Según el artículo 7.2 de la LCCLM, la Dirección General de Promoción Empresarial y Comercio de la Consejería de Industria y Tecnología solicitará la emisión de un informe al TDC cuyas conclusiones no son vinculantes⁵³. Como veremos, esta exigencia ha planteado varias dudas interpretativas, al no delimitarse con suficiente detalle ni el objeto del informe ni los casos en que debe emitirse.

4.2.1. Casos en los que el TDC emite informe.

Como vimos en el epígrafe de este trabajo, las Comunidades Autónomas han venido a ampliar el criterio de “*gran establecimiento comercial*” que daba la LOCM, lo que provoca cierto desajuste legislativo en lo que respecta al TDC en cuanto a los aspectos siguientes:

- Tamaño del considerado “gran establecimiento”: la LOCM definía los grandes establecimientos a partir del umbral de 2.500 m² de superficie de ventas pero concediendo a las Comunidades Autónomas la capacidad de establecer los requisitos en virtud de los cuales se pudiese otorgar la calificación de gran establecimiento comercial; como ya hemos visto, la normativa castellano manchega, añadiendo un criterio ponderador de población del municipio de implantación, puede llegar a considerar como grandes establecimientos comerciales locales de hasta 750 m² de superficie de exposición y venta⁵⁴.
- El TDC se ha venido absteniendo⁵⁵ de emitir informes relativos a la implantación de centros comerciales⁵⁶. En el caso concreto de Castilla-La Mancha, el TDC no se ha encontrado con este problema, al no ser considerados como grandes establecimientos comerciales y, por tanto, no requerir ni licencia comercial ni informe del TDC, los establecimientos comerciales colectivos.
- Eventos que originan emisión de informe: como ya hemos visto, el artículo 4.3 de la LCCLM dispone que será necesaria la licencia comercial para la apertura, ampliación, traslado, reapertura y modificación de la actividad o sector comercial del gran establecimiento comercial. Sin embargo, la LOCM y la LDC sólo establecen la emisión de dictamen del TDC en los supuestos de proyectos de apertura. Por ello, la política del TDC es abstenerse también de emitir informes en los supuestos de ampliación⁵⁷.

4.2.2. Plazo para la emisión del informe.

Ni la LOCM, ni la legislación autonómica, ni la LDC establecieron un plazo para la emisión del informe, por lo que el TDC decidió fijar en 1996 sus propios plazos (3 meses)⁵⁸. Lejos de los tres meses que se estableció el propio TDC, la LCCLM señala un plazo de un mes para la emisión del informe del TDC.

4.2.3. Criterios de valoración y contenido del informe del TDC.

El artículo 6 de la LOCM prevé que el otorgamiento de la licencia comercial se acordará ponderando especialmente la existencia de equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial preexistente. El párrafo 4º de este artículo aclara que dichos efectos se valorarán en relación con la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que pudiera representar para el pequeño comercio existente. En consecuencia, el análisis que lleve a cabo el TDC al dictaminar sobre el proyecto de apertura versará únicamente sobre estos efectos que la apertura pueda tener para la libre competencia⁵⁹.

Como ya habíamos comentado en el apartado de este trabajo, el TDC se pronunció desde antes de la aprobación de la LOCM en contra del establecimiento del requisito de la licencia comercial, por entender que se trataba de una medida proteccionista del pequeño comercio tradicional que sólo podía resultar contraproducente por desincentivar la modernización de este tipo de comercio.

En la práctica, pues, y en acuerdo con BERENGUER FUSTER Y CASTAÑEDA BONICHE⁶⁰, hay que señalar que el TDC está, por principio, a favor de la apertura de nuevos grandes establecimientos, por lo que es extremadamente raro que informe de forma desfavorable estos proyectos⁶¹. Como el propio TDC comentaba en el capítulo dedicado a los informes sobre la apertura de grandes establecimientos comerciales de su Memoria Anual de 1997, *“como es natural, cuanto mayor sea el número de establecimientos la competencia será más intensa, con la excepción de que la solicitud se refiera a la apertura de un establecimiento en una zona en la que existan de forma exclusiva o con presencia hegemónica otros establecimientos de la misma empresa. En este supuesto, los informes señalan que existe el peligro de que se refuerce la posición de dominio de la empresa presente en el mercado, lo que constituirá un riesgo mayor de abuso de dicha posición, por lo cual sería preferible que el nuevo gran establecimiento no perteneciera a la misma empresa o grupo de empresas existentes en la zona”*⁶².

El propio TDC ha admitido que las conclusiones de sus informes suelen ser de carácter general y suponen un análisis de la competencia muy limitado, argumentando sin embargo que *“la realización de informes más detallados precisaría del conocimiento de los datos sobre los establecimientos presuntamente competidores. Sin embargo, tales datos se desconocen por ser datos que constituyen secreto de los negocios de quienes no son parte en el expediente”*⁶³.

4.3. Comisión Asesora.

La LCCLM crea una Comisión Asesora con el fin de valorar los expedientes que elevará propuesta de resolución del expediente al Consejero de Industria y Tecnología. Para ello, el Director General de Promoción Empresarial y Comercio remite el expediente a la Comisión Asesora.

La Comisión estará integrada por los siguientes miembros:

- Miembros:** Director General de Turismo, Comercio y Artesanía⁶⁴
Director General de Desarrollo Industrial⁶⁵
Director General de Consumo
Director General de Salud Pública⁶⁶
Director General de Urbanismo y Vivienda⁶⁷
Director General de Medio Ambiente Natural⁶⁸
- Secretario:** Funcionario de la Dirección General de Turismo, Comercio y Artesanía⁶⁹

4.4. Criterios de concesión de la licencia comercial específica.

El artículo 6.2 de la LOCM señala los criterios de concesión de la licencia comercial. Al referirse el citado artículo, sin ninguna reserva o especificación, a la *“licencia”* mencionada en el apartado anterior (6.1) a efectos de establecer los criterios de ponderación que deben seguirse en el proceso de otorgamiento parece englobar y referirse a cualquier supuesto autorizador de los previstos genéricamente en el artículo 6 en su conjunto.

En cualquier caso, el citado artículo señala que en la valoración de la solicitud de licencia comercial se deben tener en cuenta la existencia o

no de un equipamiento comercial adecuado en la zona de influencia del nuevo emplazamiento⁷⁰ y los efectos que éste pudiera ejercer sobre su estructura comercial⁷¹.

La propia LCCLM parte de esa base, al regular la licencia comercial específica -con expresa alusión al artículo 6 de la LOCM- como supuesto elemento objetivador de la ponderación del impacto sobre el comercio preexistente, en los distintos supuestos sujetos a licencia por la LCCLM. En este sentido, la LCCLM señala los siguientes criterios y aspectos a tener en cuenta para la concesión de la licencia comercial específica:

Criterios	Aspectos a tener en cuenta
Existencia o inexistencia de un equipamiento comercial adecuado a las necesidades de la población.	Correlación existente entre el establecimiento comercial proyectado, en cuanto a superficie y tipo de instalación, y el lugar en el que se pretende su implantación, considerando su área de influencia. Existencia de flujos comerciales con otras Comunidades Autónomas.
Efectos del establecimiento proyectado sobre la estructura comercial de la zona.	Aumento de la competencia que pueda resultar de la implantación. La integración de las empresas comerciales del área de influencia en la gran superficie que se pretende implantar. Cualesquiera otras medidas de colaboración entre el gran establecimiento y las pequeñas empresas comerciales que contribuya a minorar la repercusión social y económica del proyecto. La influencia en los flujos comerciales con otras Comunidades Autónomas. Los efectos de la implantación en el equilibrio regional.
Efectos de la implantación sobre el nivel y volumen de empleo.	La creación de empleo que suponga la implantación del establecimiento, así como las características de los puestos de trabajo, en especial, su estabilidad y su contribución al mantenimiento, aumento o disminución del nivel de ocupación en el área de influencia.
Efectos de la implantación sobre la comercialización de productos regionales.	
Impacto urbanístico y paisajístico sobre la zona.	Incidencia en la red viaria, la accesibilidad al establecimiento comercial y la dotación de aparcamiento y otros servicios. Las características y la integración del establecimiento en el entorno urbano y su incidencia en el medio ambiente.

Efectos de la implantación sobre la comercialización de productos regionales.

4.5. Resolución.

La resolución del procedimiento es el modo natural y normal de finalizar el mismo. La resolución decidirá sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, en cuanto manifestación de la voluntad del órgano competente. En este caso, la resolución se plasmará en la concesión o denegación de la licencia comercial, con expresión de los motivos que fundamentan la misma.

La resolución del procedimiento corresponde al Consejero de Industria y Tecnología. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución recaída será de 6 meses computados desde que haya tenido entrada la solicitud en el registro de la Consejería de Industria y Tecnología para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin haberse dictado y notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud por silencio administrativo.

Por otra parte y aunque, como bien hace notar PÉREZ FERNÁNDEZ⁷², la LOCM nada dice al respecto, la LCCLM ha venido a establecer que si la resolución de la solicitud de licencia comercial específica es negativa, tiene carácter vinculante no sólo para el solicitante sino también para el Ayuntamiento concernido, que debe obrar en consecuencia denegando las licencias de obra o de apertura que dependieran de la obtención de la licencia comercial.

Por último, el acto de concesión de la licencia comercial, pone fin a la vía administrativa, por lo que cabe interponer contra el bien un recurso de reposición ante el Consejero de Industria y Tecnología (el órgano que dicta la resolución) o, directamente, un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado o Sala correspondiente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.6. Comunicación del inicio de las obras de edificación y del comienzo de la actividad comercial.

La LCCLM, en su artículo 5.3, establece la obligación, entendemos del solicitante de la licencia comercial específica, de notificar a la

Consejería de Industria y Tecnología el inicio de las obras de edificación del gran establecimiento comercial y del comienzo de la actividad comercial. El plazo para notificar el acuerdo es de un mes desde la adopción del acuerdo por el órgano local competente.

Para acreditar el inicio de las obras se requerirá certificación del director facultativo de las obras y copia compulsada de la licencia municipal de obras recaída para la realización de los trabajos de edificación del gran establecimiento comercial. Al respecto, hacemos notar lo siguiente:

- a) El legislador no ha tenido en cuenta la posibilidad de entender obtenida la licencia municipal de obras por silencio administrativo. En efecto, no establece el legislador cómo ha de acreditarse la obtención de la licencia de obras en el supuesto de que ésta se haya obtenido por silencio administrativo. Entendemos que, en este caso, no sería necesario presentar documentación alguna en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la L 30/92.
- b) Téngase en cuenta que, curiosamente, la LCCLM no requiere la remisión de la copia compulsada de la licencia municipal de actividad o apertura necesaria para el comienzo de la actividad comercial.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aquellas licencias municipales concedidas por los Ayuntamientos sin la previa concesión de la licencia comercial específica son nulas de pleno derecho. Al respecto nos remitimos al apartado .

5. CADUCIDAD DE LA LICENCIA COMERCIAL

La licencia comercial específica, al igual que el resto de licencias urbanísticas, está sometida al instituto de la caducidad. Tal y como ha señalado PÉREZ FERNÁNDEZ⁷³, la doctrina francesa ha subrayado que *“el plazo de caducidad tiene por objeto poner coto a ciertas prácticas consistentes en utilizar la autorización comercial como vía para eliminar a un eventual concurrente, bloqueando o congelando el emplazamiento de nuevas grandes superficies comerciales”*.

La caducidad de la licencia comercial específica, si bien es un instrumento jurídico que tiene como objetivo primordial dotar de cierta eficiencia la instalación de grandes establecimientos comerciales, debe interpretarse de forma restrictiva, insiste la jurisprudencia, dado su carácter ciertamente expropiatorio de derechos. Así, la jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos que deben examinarse en la caducidad de las licencias urbanísticas. IGLESIAS GONZÁLEZ⁷⁴ los sintetiza en tres, a saber, (i) la previsión de caducidad; (ii) la inexistencia de causa que justifique el no uso de la licencia comercial; y (iii) la declaración formal en un expediente específico⁷⁵.

Conforme a lo establecido en la citada sentencia, los requisitos para la declaración de caducidad de la licencia comercial específica son los siguientes:

5.1. Previsión de caducidad.

La LCCLM establece que la vigencia de la licencia comercial específica caduca en el plazo de seis meses a contar desde la notificación de su concesión, sin que se hubiesen iniciado las obras o dieciocho meses sin que se hubiese producido la apertura.

El texto de la licencia comercial específica puede recoger o no este extremo. De no recogerlo, en ningún caso supondría la no sujeción de la licencia comercial específica al plazo de caducidad legalmente establecido.

5.2. Inexistencia de causa que justifique el no uso de la licencia comercial específica.

La jurisprudencia ha venido entendiendo que para que opere el instituto de la caducidad de la licencia comercial específica deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes al supuesto.

Así, no basta la mera inactividad del titular de la licencia comercial para entender caducada la misma (entre otras, las STS de 20 de mayo de 1985 (Ar. RJ 1985\4116) y 18 de julio de 1986 (Ar. RJ 1986\5518)), sino

que es necesario que concurra un “*evidente y claro propósito*” por parte del titular de la licencia comercial específica de no continuar en el ejercicio de sus derechos así como la inexistencia de causa de fuerza mayor u otra circunstancia imprevista e inevitable que impida al titular de la licencia comercial específica ejerza los derechos adquiridos en virtud de la misma.

5.3. La declaración formal en un expediente específico.

Aunque la licencia comercial indique un plazo de validez, éste nunca opera automáticamente, sino que se requiere una expresa declaración de caducidad. La declaración de caducidad requiere de una previa apertura de expediente en el que se dé audiencia al interesado - titular de la licencia comercial, se emita los informes oportunos y se acrediten y ponderen todas las circunstancias concurrentes al supuesto.

No obstante lo anterior, el interesado puede solicitar la concesión de sucesivas prórroga de la vigencia de la licencia. Las sucesivas prórrogas, indica la LCCLM, “*no podrán superar un período máximo de dieciocho meses*”. El citado precepto ofrece los siguientes interrogantes: (i) No deja claro si el plazo de dieciocho meses es el máximo por cada prórroga o para el conjunto de prórrogas; (ii) Tampoco establece el plazo de inicio del cómputo de los citados dieciocho meses; y (iii) la LCCLM no establece la antelación mínima para solicitar las prórrogas de las licencias.

La declaración de caducidad de la licencia comercial específica supone la necesidad de instar nuevamente la solicitud por parte del interesado.

6. “REVOCACIÓN” DE LA LICENCIA COMERCIAL

El artículo 10.3 de la LCCLM señala que “*El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en la Resolución de concesión de la licencia comercial específica, determinará, previa audiencia del interesado, la revocación de la licencia comercial concedida*”. Téngase en cuenta que estamos refiriéndonos a la “revocación” por incumplimiento de las condiciones de la resolución, no a la “auténtica” revocación señalada en el artículo 16 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales.

En consecuencia, la revocación exige el previo incumplimiento del titular de la licencia comercial específica de las condiciones contenidas en la propia licencia comercial. Estas condiciones no son solamente las que pueda imponer al dictar la Orden la Consejería relativas al ejercicio de la actividad o a la construcción del gran establecimiento, como las que hemos listado en el epígrafe anterior, sino que pueden referirse también a, por ejemplo, la descripción del gran establecimiento que se haga en la Orden de concesión de la licencia comercial específica y la actividad u operador previsto en la misma.

En este sentido, hacemos especial referencia a la posibilidad establecida en la LCCLM de condicionar la concesión de la licencia comercial específica a los compromisos que el promotor adquiera en el documento de Memoria descriptiva del empleo que se prevea generar, con indicación de la plantilla total del establecimiento y modalidades de contratación.

7. CONCLUSIONES.

(a) La Comunidad de Castilla-La Mancha ha definido el concepto de gran establecimiento comercial como la mayoría de las Comunidades Autónomas, esto es, relacionando m² con n^o de habitantes en el municipio que se ubica. Sin embargo, El legislador castellano manchego no ha sujetado a licencia comercial los establecimientos comerciales de carácter colectivo y ha huido de cualquier definición de gran establecimiento comercial utilizando criterios personales.

(b) La descripción del concepto de superficie útil para la venta y exposición de productos establecida en la LCCLM provoca algunas dudas interpretativas de considerable interés en los grandes establecimientos individuales integrados en establecimientos colectivos, fundamentalmente respecto al cómputo de determinadas zonas comunes.

(c) En relación a la sujeción a licencia comercial de la ampliación de grandes superficies comerciales existentes, la redacción establecida en la LCCLM es manifiestamente mejorable. La literalidad del precepto indicaría que cualquier ampliación, ya sea superficie útil de exposición y venta al público ya sea superficie de ocio, que supera-

se el 10% de la superficie de exposición y venta inicial, estaría sujeta a la obtención de licencia comercial.

(d) La LCCLM establece un régimen de autorización y comunicación, respectivamente, para las cesiones de licencia comercial previas a la apertura del establecimiento y los cambios de titularidad de licencia comercial. La parquedad de la LCCLM en estos supuestos hace florecer, sin duda, una multitud de interrogantes fundamentalmente sobre el procedimiento de comunicación y cesión.

(e) No resulta razonable sujetar, tal y como establece la LCCLM, la concesión, al menos, de la licencia de obras o construcción a la previa obtención de la licencia comercial.

(f) El procedimiento de concesión de la licencia comercial específica es demasiado restrictivo, entorpeciendo enormemente la posibilidad de implantación de grandes establecimientos comerciales. No se aprecia en qué medida evita los posibles proyectos especulativos (objetivo pretendido por la LCCLM). En este sentido (i) respecto de la exigencia de esta documentación para la solicitud de licencia comercial específica, el TDC ha señalado que *“no se comprende el derecho que pueda tener ese órgano para exigir una información que puede ser confidencial”*; (ii) respecto de la exigencia de un determinado número de aparcamientos, la LCCLM parece no contemplar la existencia de grandes establecimientos comerciales integrados; y (iii) resulta demasiado restrictivo el criterio de sujetar la propia solicitud de licencia comercial específica a la previa aprobación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística.

(g) La LCCLM exige que en la solicitud de licencia comercial se identifique al explotador del establecimiento individual. Sin embargo, la LCCLM no prevé la posibilidad -caso en la práctica muy frecuente- de que el promotor desconozca la enseña del gran establecimiento comercial individual. En estos casos, la necesidad de identificar al explotador de la licencia comercial dificulta enormemente la construcción del gran establecimiento aislado o integrado, máxime cuando la propia LCCLM impide el otorgamiento de la licencia de obras con carácter previo a la obtención de la licencia comercial específica.

(h) La posibilidad establecida en la LCCLM de condicionar la concesión de la licencia comercial específica al mantenimiento de las pre-

visiones de empleo del gran establecimiento comercial podría implicar una restricción desproporcionada del derecho constitucional a la libertad de empresa comercial.

(i) Por último, resulta conveniente reseñar que la LCCLM preveía ya en 1998 la necesidad de aprobar un Plan Especial de Equipamientos Comerciales cuyo objeto es la “ordenación de los elementos físicos en los que se lleven a cabo las actividades comerciales en Castilla-La Mancha, con el fin de conseguir un nivel adecuado de equipamiento comercial, una correcta distribución territorial de los mismos, la protección de la actividad comercial en los cascos históricos de los municipios, la introducción progresiva de nuevos sistemas de ventas, la satisfacción de las necesidades de los consumidores y la defensa de las pequeñas y medianas empresas”. Hasta la fecha no se ha aprobado ningún Plan Especial de Equipamientos Comerciales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARIMANY LAMOGLIA, E.: “Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero”, (Coordinación: ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS), Praxis, Barcelona, 1996.
- BERCOVITZ, A.: “Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España”, BOE-Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997.
- BERENQUER FUSTER, L.: “El régimen de los grandes establecimientos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, Cámara oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1997.
- CASES PALLARÉS, L. y PONS CÂNOVAS, F.: “La implantación de grandes establecimientos comerciales”, Marcial Pons, 1998.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: “Licencias urbanísticas: Dossier práctico”, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2003.
- IVORRA ARDITE, T. y CHAMARRO STORMS, I.: “La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver”. Revista jurídica de la Comunidad de Madrid nº 16 y 17, 2003.
- MANUBENS, C. (director): “Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996”, Praxis, Barcelona, 1996.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, I.: “Urbanismo comercial: el régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación de comercio minorista”. RAP núm. 145 (1998).
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M.: “Urbanismo comercial y libertad de empresa”, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ VELARDE, B.: “El urbanismo comercial”, Dykinson, Madrid, 2000.

SCHWARTZ, P.: "Los falsos amigos del pequeño comercio" en Pasquines del IDELCO nº2, Instituto de Estudios del Libre Comercio, Noviembre de 2001.

TORNOS MAS, J. (coord.): "Grandes Establecimientos Comerciales. Su ordenación e implantación". Tecnos. 2000.

NOTAS:

¹ Abogado (Grupo de Derecho Urbanístico de Uría & Menéndez) y Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

² La LOCM ha provocado, en definitiva, que cada Comunidad Autónoma, dentro de sus propias competencias (aunque, en ocasiones, extralimitándose), haga más restrictivos los preceptos establecidos en la LOCM creando una maraña legislativa en el sector de la distribución comercial.

³ Así, SCHWARTZ expone en su estudio "Los falsos amigos del pequeño comercio" (Pasquines del Idelco nº 2, Instituto de Estudios del Libre Comercio, Noviembre de 2001) que lo que hace el legislador al aprobar la LOCM es interferir en la distribución comercial "en busca de míticos votos", disimulando "sus intenciones". Según este autor:

a) La justificación de la intervención administrativa en el mercado de la distribución comercial no puede basarse en la pretendida salvaguarda de la competencia. En el mismo sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia señalaba en 1995 respecto de la entonces Proposición de LOCM que "de entre las restricciones a la competencia contenidas en la Proposición de Ley, resulta especialmente grave el establecimiento de una segunda licencia, adicional a la que otorgan los ayuntamientos, que deberá conceder la Comunidad Autónoma correspondiente, para que se pueda instalar una gran superficie comercial".

b) Tampoco puede justificarse la aprobación de la LOCM en la protección del comercio tradicional y la necesidad de asegurar un equipamiento comercial adecuado. SCHWARTZ señala que "la oposición entre comerciantes pequeños y grandes es falsa. La verdadera distinción es la que hay que trazar entre la distribución moderna y las fórmulas anticuadas de comercio".

⁴ Vid. BERENQUER FUSTER, L.: "El régimen de los grandes establecimientos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", Cámara oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

⁵ La Exposición de Motivos de la LOCM señala, en este sentido, que: "el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, **cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia**. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos, que podrá completarse con los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación () los efectos más inmediatos y tangibles de una situación de libre y leal competencia se materializan en una mejora continuada de los precios y de la calidad y demás condiciones de la oferta y servicio al público, lo que significa, en definitiva, la más eficaz actuación en beneficio de los consumidores".

⁶ En su informe del año 1995 a la Proposición de Ley de Comercio del Grupo Catalán de 17 de septiembre de 1993, el TDC señalaba que: "De entre las restricciones a la competencia contenidas en la Proposición de Ley, resulta especialmente grave el establecimiento de una

segunda licencia adicional a la que otorgan los Ayuntamientos, que deberá conceder la Comunidad Autónoma correspondiente, para que se pueda instalar una gran superficie comercial. La concesión de esta licencia se basará en la valoración del impacto que la apertura de la gran superficie pueda tener sobre el comercio minorista de la zona. El objetivo que se persigue con estas iniciativas legislativas es proteger al comercio minorista tradicional con el fin de frenar su pérdida de cuota de mercado. Sin embargo, **estas medidas resultan claramente contraproducentes para el sector, incluido el comercio tradicional**. La supervivencia de este tipo de comercio depende de su capacidad para modernizarse, de especializarse en aquellos ámbitos en los que puede resultar competitivo o de buscar formas alternativas de organización, como el asociacionismo o la franquicia. Al abrigo de la protección, el comercio tradicional encontrará menos incentivos para acometer su transformación. **Adicionalmente, frenar la expansión de las grandes superficies reforzará el poder de mercado de aquellas que ya se han establecido, que no tendrán que enfrentarse a nuevos competidores**. Por el contrario, si no se limita la apertura de grandes empresas de distribución minorista aumentará la competencia entre ellas, lo cual se traducirá en una oferta mayor, más variada y a mejores precios () todas estas medidas obstaculizan la competencia en el sector de la distribución comercial, por lo que tienen repercusiones negativas sobre la tasa de inflación. Suponen, además, un freno a la expansión y modernización del sector, puesto que tratan de limitar el desarrollo de aquellas modalidades de comercio que más están creciendo. Esto desincentiva claramente las inversiones en el sector y no beneficia en nada la creación de empleo. Evidentemente, el gran perjudicado por todas estas restricciones a la competencia en el sector de la distribución comercial es el consumidor, al que se impide disfrutar de unos horarios comerciales más flexibles y de las ventajas que se derivan de un sistema comercial más competitivo y dinámico. Todos estos cambios normativos proyectados en materia de comercio van contracorriente, puesto que suponen alejarse del objetivo de liberalizar la economía española y mejorar el funcionamiento de los mercados”.

⁷ Como ha puesto de relieve reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y menciona expresamente la Exposición de Motivos de la LOCM “en este ámbito material se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos, lo cual conlleva que los diversos aspectos de la regulación propuesta deban tener un grado de aplicación diverso, tal como se especifica en la disposición final única de esta Ley”.

⁸ Además de la LOCM, inciden en la competencia para regular la actividad comercial la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”); la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”); y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“LGDCU”).

⁹ El artículo 149.1.10^a de la CE recoge como competencia exclusiva del Estado la de “Comercio Exterior”. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.3 de la CE “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”. Luego, siguiendo este razonamiento, la competencia de “Comercio Interior” puede ser asumida como exclusiva por las Comunidades Autónomas. Así, en el marco del sistema de distribución de competencias que perfilan los artículos 148 y 149 de la CE, las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos, han asumido, por lo general, competencias denominadas exclusivas sobre comercio interior.

Como hemos anticipado, existen materias conexas al comercio interior cuya competencia se atribuye al Estado. El propio ECLM, en su redacción dada conforme a la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo y 3/1997, de 3 de julio, lo refleja claramente en su artículo 31.1.11^a:

“1.La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: [] 11ª Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Establecimiento de bolsas de valores y establecimiento y regulación de centros de contratación de mercancías, conforme a la legislación mercantil.” (téngase en cuenta que el comercio interior no era una competencia expresamente consignada en el artículo 148 de la CE, por lo que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que no accedió a la autonomía por vía del artículo 151 de la CE, debía dejar pasar los cinco años previstos en el artículo 148.2 de la CE para poder asumirla, previa reforma del Estatuto de Autonomía. En este sentido, la redacción originaria del ECLM, del año 1982, no recogía la competencia de comercio interior). Tal y como se deduce de la propia definición del título competencial establecida en la ECLM, la competencia autonómica sobre comercio interior, aún siendo calificada como exclusiva, viene sometida y cede ante diversos preceptos constitucionales u otros títulos competenciales del Estado. En este sentido, el TC ha venido matizando el contenido y alcance de las competencias autonómicas en materia de comercio interior y su interrelación con las competencias estatales que afectan al ámbito comercial. Podemos sintetizar las siguientes limitaciones a la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre comercio interior:

a) la “política general de precios”, que se contiene en las competencias estatales sobre ordenación económica general tal y como el TC ha reinterpretado el artículo 149.1.13 de la CE.

En efecto, el TC ha señalado en reiteradas ocasiones que el hecho de que las Comunidades Autónomas tengan competencia en materia de comercio interior no excluye la posibilidad del Estado de establecer limitaciones al legislador autonómico fundadas en el principio de “ordenación general de la economía” del artículo 149.1.13 de la CE. Esta competencia puede abarcar “tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” siempre que no se alcance a “incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”;

b) La “libre circulación de bienes en el territorio español”: El ECLM hace una clara referencia al principio constitucional de la unidad de mercado, contenida en el artículo 139 de la CE; y

c) la “legislación sobre defensa de la competencia”, prevista en el artículo 149.1.6 de la CE y manifestación de la ordenación económica general. Al respecto, el TC ha concluido que dentro de la “ordenación del mercado” deben diferenciarse dos aspectos distintos: (i) las normas de defensa de la competencia, referidas a la regulación “horizontal” de las actuaciones empresariales y reguladas en la LDC; y (ii) la defensa de los consumidores y usuarios, dirigida a disciplinar las relaciones de las empresas con los destinatarios finales de los productos ofrecidos por ellas y regulada por la LGDCU.

Como señala TORNOS MAS (“Grandes Establecimientos Comerciales. Su ordenación e implantación”. Tecnos, 2000, pp. 11 y ss.) “la conclusión final a la que puede llegarse es, por tanto, que si bien las Comunidades Autónomas pueden asumir como competencia exclusiva la materia de comercio interior, dicha materia ha sido asumida con fuertes restricciones en cuanto a su extensión real”. En este mismo sentido, PÉREZ FERNÁNDEZ (“Urbanismo Comercial y libertad de empresa”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 115 y ss.) con-

cluye que *“la materia de comercio interior, más que exclusiva de las Comunidades Autónomas, habrá que considerarla como una materia compartida entre éstas y el Estado”*.

¹⁰ En efecto, una de las novedades que la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, introdujo en el ECLM, en su artículo 31.11, fue la inclusión de la ordenación del comercio interior en el catálogo de competencias exclusivas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, hasta entonces de índole ejecutiva. La asunción de esta competencia, junto a la establecida en el artículo 32.6 relativa a la defensa de los consumidores y usuarios, no sólo permitió atender a las diversas remisiones que la LOCM hace a las Comunidades Autónomas, sino que también permitió diseñar una política propia de ordenación de comercio, en todas aquellas materias en las que la propia regulación estatal se declaraba meramente supletoria o de simple ordenación básica. Todas estas competencias deben ejercerse, como establece la propia Exposición de Motivos de la LCCLM, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los , y y 13ª de la CE.

¹¹ Resulta difícil discernir en este contexto a qué se refiere el legislador castellano manchego con *“proyectos claramente especulativos”*. De hecho, el Dictamen 4/2003 del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de La LCCLM, recomienda que se aclare *“en qué medida se podrá evitar la especulación en la construcción de Grandes Establecimientos, como dice la Exposición de Motivos, por el simple hecho de asegurar la conformidad urbanística de los Proyectos, pues no parece que exista una relación directa entre ambas cuestiones”*.

¹² En este sentido, al igual que ocurre con el instituto de la caducidad de las licencias, la exigencia del abono de tasas de tramitación tiene como objeto poner trabas a ciertas prácticas consistentes en utilizar la autorización comercial como vía para eliminar a un eventual concurrente, bloqueando o congelando el emplazamiento de nuevas grandes superficies comerciales.

¹³ Continúa exponiendo la LCCLM que *“Una Ley que exigiese altos costes administrativos para asegurar su efectividad estaría condenada seguramente al fracaso desde su nacimiento. Por eso, la Ley ha evitado, entre otras cosas, crear instancias consultivas de carácter permanente, complicados procedimientos de autorización o costosos y escasamente útiles registros administrativos; instituciones todas que, lastrando la ductilidad que requiere toda la actuación administrativa en este sector, sólo servirían para gravar el desarrollo de la libre actividad comercial e incrementar los costes de funcionamiento de la Administración Pública”*.

¹⁴ Como ha señalado TORNO MAS (Ob. cit. pág. 30 y ss.) la LOCM utiliza la expresión “en todo caso”, cuando debería haber utilizado el término “sólo” o “los establecimientos de más de 2.500 metros cuadrados”. Al utilizar la expresión “en todo caso” se entiende que para el legislador estatal *“los establecimientos de menos metros cuadrados también podrán ser grandes establecimientos si así lo decidiera el legislador autonómico”*, dado que únicamente se preocupó de asegurarse de que se considerasen grandes establecimientos comerciales los de más de 2.500 metros cuadrados, *“remitiendo lo relativo a extensiones menores a la decisión del legislador autonómico”*.

¹⁵ Esto implica que si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer criterios propios, el criterio de la superficie, y dentro de la superficie, la existencia de una superficie de ventas superior a los 2.500 m², opera como límite mínimo para la determinación de qué deba entenderse por gran establecimiento comercial minorista.

¹⁶ Las razones de esta *“tendencia”* autonómica, apuntan CASES PALLARÉS y FERRÁN PONS (*“La implantación de grandes establecimientos comerciales”*, Marcial Pons, 1998, pp..

45 y ss.) se encuentran tanto en la necesidad de aumentar el control sobre los establecimientos comerciales de considerable tamaño como a la necesidad de evitar “*fisuras*” legales a través de las cuales los establecimientos comerciales de considerable tamaño puedan escapar del control administrativo. Es por ello que los autores indicados apuntan a la utilización de otros criterios distintos al de la superficie como posible solución a la problemática de la continua reducción por parte de las Comunidades Autónomas de la superficie a considerar para someter los grandes establecimientos comerciales al control administrativo. Esta tendencia autonómica ha provocado las quejas del TDC que, en su “*Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial*” (I 100/02) ha expuesto que dicha práctica autonómica le obliga, en ocasiones, a emitir informes al TDC sobre establecimientos comerciales cuya superficie no excede los 500 m².

¹⁷ Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco, Galicia, Navarra, Canarias, Andalucía, Aragón, Baleares, Extremadura, la Rioja, Murcia, Madrid y Castilla-León.

¹⁸ En este sentido, el citado Dictamen señala: “*Teniendo en cuenta la estructura del territorio en Castilla-La Mancha, así como el tamaño medio de las poblaciones de la región, este Consejo considera adecuado que para la determinación del tamaño de una gran superficie comercial se considere el criterio del tamaño de la población sobre la que se asiente. Es obvio que la misma distorsión puede generar una superficie de 2.500 metros cuadrados en una localidad de 70.000 habitantes, con una importante área de influencia en los municipios próximos, que un establecimiento de 600 metros cuadrados en una localidad de 20.000 habitantes*”. El Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla-La Mancha de fecha 15 de octubre de 1998 recoge el motivo de la desestimación por parte del entonces gobierno castellano manchego de la citada propuesta: “*manifestamos nuestra posición distinta a esa distribución de franjas por población porque nos parece y nos parecía que no tenía mucho sentido que en un municipio aldeaño a una gran población se estableciera una gran superficie que necesitaría, en ese caso concreto, si es el pueblo pequeño, licencia comercial específica de la Consejería, pero que, de instalarse en el municipio grande de al lado, no necesitaría, por esa misma superficie, licencia comercial específica y, sin embargo, sí produciría el mismo impacto sobre la realidad de la actividad comercial en ese municipio grande una superficie de 2.000 metros cuadrados que de 1.900 metros cuadrados, con lo cual estaría produciendo el mismo impacto que la exigencia de la segunda licencia trataba de regular y porque, además, nos parecía y nos parece que ya no puede ser el elemento definitorio que decida si es la Consejería la que interviene para otorgar esa segunda licencia, el número de habitantes de una localidad, por la sencilla razón de que son las zonas de influencia las que mandan en este sentido y las empresas y, sobre todo, las grandes empresas, las empresas de grandes superficies hacen sus estudios de mercado y se instalan allí donde sus beneficios pueden ser más positivos*”. A modo de ejemplo, en el citado Diario de Sesiones se señala que “*el municipio más pequeño de Castilla-La Mancha donde se ha instalado una gran superficie comercial es Alcázar de San Juan, con 26.000 habitantes, el más pequeño, y además se instala ahí no sólo por el número de habitantes de Alcázar, sino porque en torno a este municipio se configura una amplia zona de más de 100.000 habitantes con los pueblos de alrededor. Por tanto, no se instalan grandes superficies en municipios pequeños por las mismas razones que las empresas dicen que nos les resulta rentable*”. En este mismo sentido, aunque con una redacción menos confusa que la expuesta por el ponente de las Cortes de Castilla-La Mancha, se ha pronunciado el TDC. El TDC califica el concepto de gran establecimiento comercial basado en la citada dualidad de criterios (superficie comercial y población del municipio) de “*irracional*” y comenta, en su “*Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de*

la Distribución Comercial" (I 100/02), que: "la idea de que una gran superficie resulta grande en comparación con un determinado municipio, aunque pueda resultar no-grande en relación con otro, olvida totalmente la posibilidad de que los consumidores se desplacen de un centro a otro. Esa posibilidad es particularmente importante en Comunidades como (...), donde la elevada densidad de población provoca la existencia de conurbaciones en las que diversos municipios, legalmente diferenciados, se encuentran próximos y bien comunicados. Resulta, pues, que no se ven las razones para definir de forma diferente el concepto de gran superficie en un municipio de 10.000 y otro de 25.000 habitantes cuando éstos se encuentran prácticamente contiguos."

¹⁹ Sin embargo, la realidad es distinta. Si se observan los datos proporcionados por la Consejería de Economía y Hacienda de Castilla-La Mancha a partir de datos del Padrón Municipal de 2002 y por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha a partir de directorios de la publicación Alimarket (Marzo 2002): el legislador castellano manchego parece haberse percatado que sometiendo a autorización autonómica a grandes establecimientos comerciales con superficie útil de exposición y venta al público superior a 2.000 m² no ha conseguido lograr los objetivos que se marcó en 1998, esto es, lograr el equilibrio entre el gran establecimiento comercial y el pequeño comercio. Lo que el legislador ha conseguido es frenar la implantación de grandes establecimientos comerciales potenciando, por otro lado, la instalación de otros formatos comerciales, como supermercados o autoservicios, tanto o más dañinos para el pequeño comercio como las grandes superficies comerciales. En efecto, si observamos los datos históricos, en el año 1998, en el que entró en vigor la LCCLM, en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha existían 9 hipermercados que englobaban un total de 53.174 m² de superficie de venta [según datos obtenidos de Distribución y Actualidad (octubre 1998)]. En cuatro años de vigencia de la LCCLM (año 2002), y comparando estos datos con los proporcionados por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, el número de hipermercados únicamente había aumentado en una unidad y la superficie de ventas global había aumentado alrededor de 8.000 m². Por el contrario, en el año 1998, existían en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha un total de 150 supermercados [Datos obtenidos de Distribución y Actualidad (mayo 1998)] con una superficie de venta de 127.058 m². En cuatro años, el número de supermercados se había multiplicado alrededor de un 60% y la superficie de venta había aumentado alrededor de un 70%. En la actualidad el número de supermercados instalados en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha es alrededor de once veces superior al número de hipermercados instalados. Si nos detenemos en la superficie (m²) de ambos formatos comerciales, podemos concluir que, globalmente, la superficie de supermercados supera a la de los hipermercados. Los supermercados, pues, -cuya apertura no estaba sujeta a licencia comercial salvo que superen los 2.000 m² de superficie de venta- han proliferado en número llegando a superar, en superficie, a las grandes superficies comerciales instaladas en la Comunidad Autónoma.

Los datos revelan, pues, de forma clara que las empresas, ante la intervención administrativa en el sector comercial en establecimientos comerciales con superficie útil de exposición y venta al público superior a 2.000 m², cambian de estrategia y optan por establecimientos de menor superficie como son los supermercados. Como bien sostiene SCHWARTZ ("Los falsos amigos del pequeño comercio", ob. Cit., pp. 6 y ss.) "quienes de verdad se lucran con esa protección pública no son las botigas o ultramarinos a la antigua, sino los supermercados autonómicos. Tampoco se benefician los pequeños y medianos industriales de la alimentación y bazar, a quienes conviene, para abrirse paso frente a las primeras marcas de siempre, que haya grandes establecimientos con muchas referencias por formato".

Ante estos datos estadísticos, el legislador se percató que, desde la óptica estrictamente comercial, los problemas para el pequeño comercio no derivan exclusivamente de los grandes establecimientos comerciales. El legislador autonómico decide entonces acotar de forma exhaustiva la implantación de lo que ya no cabe calificar como grandes establecimientos sino como supermercados.

Ahora bien, la supervivencia del pequeño comercio no es una cuestión de tamaño. El legislador no va a poder contener la realidad empresarial. En este sentido, algunos autores destacan el carácter necesariamente cambiante de toda forma comercial, siguiendo un ciclo biológico de todo organismo vivo. Al respecto, DAVIDSON (*"Changes in distributive institutions"*, Journal of Marketing, enero 1970, pág. 7-10. Recogido en WALKER y MAYNES: *"Marketing channels and institutions: reading on distribution concepts and practices"*, Grid. Inc., pp. 65-70, 1973) señala que *"las instituciones, como los productos, pueden considerarse que tienen ciclos de vida compuestos por etapas tales como la de nacimiento, rápido crecimiento inicial, madurez y declive"*. En nuestra opinión, las formas comerciales volverán a transformarse evitando el intervencionismo administrativo y alterarán de nuevo el pretendido equilibrio de forma tan significativa como las grandes (ahora no tanto) superficies comerciales. Cabe preguntarse si, para mantener la supervivencia del pequeño comercio, será necesario que el legislador, una vez se transforme el formato comercial, modifique de nuevo el concepto de gran superficie comercial.

²⁰ Quedan incluidos en la definición anterior los quioscos y, en general, las instalaciones de cualquier clase que cumplan la finalidad señalada en el mismo, siempre que tengan el carácter de inmuebles de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil.

²¹ No obstante lo anterior, en la práctica, resulta difícil deslindar con exactitud la noción de establecimiento dedicado al comercio minorista. Entendemos que la definición se aplica a todo establecimiento abierto al público donde se lleve a cabo la venta de productos en cantidad correspondiente a las necesidades normales de un consumidor común. Por tanto, la definición no se aplica a establecimientos que tengan por objeto la prestación de servicios.

²² Centros comerciales que incorporan varias tiendas normalmente dedicadas a los llamados bienes de comparación y algunas veces al ocio.

²³ Grupos de tiendas ubicados normalmente en el extrarradio y especializadas en la venta de saldos y restos de productos a precios reducidos.

²⁴ La LOCM tampoco somete a la obtención de licencia comercial específica la instalación de establecimientos comerciales colectivos. Al respecto, la Memoria del TDC del año 1996 señala que *"Por lo que se refiere a la cuestión de si requieren informe los expedientes de apertura de los centros comerciales, que algunas Comunidades Autónomas han incluido en la segunda licencia, entiende el Tribunal que no procede el informe de los mismos. En efecto, la LOCM prevé que el concepto de establecimiento es dentro de los varios que utiliza la legislación mercantil, el equivalente a "tienda", local, o comercio de un solo titular, por lo que la exigencia de informe preceptivo del Tribunal se debe limitar, por tanto, a la solicitud de instalación de grandes superficies de este tipo. Los centros comerciales y demás agrupaciones comerciales colectivas de grandes y/o pequeños establecimientos, más que un solo establecimiento, constituyen un conjunto de comercios de diferente titularidad y régimen, cuya superficie no cabe sumar para llegar al mínimo que habría que considerar como gran superficie comercial"*.

²⁵ El resto de Comunidades Autónomas incluyen los establecimientos comerciales colectivos dentro del concepto de gran establecimiento comercial e, incluso, someten a la previa obtención de licencia comercial específica a determinados parques temáticos. En este sentido, el

artículo 18.6 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León somete a licencia comercial específica *“los parques temáticos, centros de ocio o de naturaleza análoga () siempre que la superficie de venta de todas ellas [se refiere a las actividades comerciales que se desarrollen en los parques temáticos o centros de ocio] supere el 20% de la superficie total construida”*.

²⁶ El legislador estatal no ha establecido el concepto de “superficie útil de exposición y venta al público” ni ha sentado las bases del mismo, por lo que, de manera similar a lo acontecido respecto del concepto de gran superficie comercial, existe un heterogéneo concepto de “superficie útil de exposición y venta al público” en el territorio nacional.

²⁷ En contra de la exclusión de las zonas de ocio del cómputo de la superficie de sala de ventas se posiciona con carácter general BERENGUER FUSTER (*“El régimen de los grandes establecimientos comerciales en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”*, Ob. Cit., pp. 95 y ss.) para quien *“si se considerara que hay que excluir la superficie destinada a los servicios nos podríamos encontrar con supuestos extremadamente complejos que harían muy frecuentes los fraudes de ley. De aceptarse la interpretación de que la superficie dedicada a los servicios no debe computarse, podría llegarse a la conclusión de que un establecimiento que dedicara a la venta de productos 2.400 metros cuadrados y 200 a los servicios no tendría la consideración de gran establecimiento a los efectos de la LOCM. Ahora bien, en el supuesto de que, una vez en funcionamiento el establecimiento, se redujera la superficie destinada a servicios para ampliar la de venta de productos, en ese supuesto, estaría incluido ya en el concepto de gran establecimiento. Es obvio, en consecuencia, que tal interpretación nos lleva al absurdo y, por lo tanto, no puede aceptarse”*. Para este autor *“hay que llegar a la conclusión que para determinar si un establecimiento de determinadas medidas tiene o no la consideración de gran establecimiento comercial según la actividad que realiza, hay que acudir a la actividad preponderante, y si ésta es la de venta de productos al por menor, será gran establecimiento, pero si no lo es, no podrá estar incluido en ese concepto. Aún con el temor de llegar a un excesivo casuismo, se podrá afirmar que un establecimiento tipo hipermercado será gran establecimiento aun cuando en él se vendan también servicios y ello por cuanto que la actividad primordial es la consistente en la venta de productos. Por el contrario un establecimiento bancario, con independencia de su superficie y del hecho que en el mismo se puedan vender algunos artículos, nunca tendrá la consideración de gran establecimiento, en el concepto dado por la LOCM”*. Aunque el autor hace referencia a *“superficie destinada a servicios”* entendemos que su conclusión es aplicable a cualquier zona (ocio, restauración...) no considerada comercial.

²⁸ Esto es, si como consecuencia de la ampliación, el establecimiento comercial individual alcanza una superficie útil para la venta y exposición de productos igual o superior a:

- Los 2.000 m² en los municipios con población igual o superior a los 25.001 habitantes.

- Los 1.000 m² en los municipios con población comprendida entre los 10.001 y 25.000 habitantes.

- Los 750 m² en los municipios con población igual o inferior a los 10.000 habitantes.

²⁹ Para la instalación del gran establecimiento comercial serían únicamente necesarias las licencias municipales de obras y actividad (aunque obviamente éstas deben ser posteriores al otorgamiento de la licencia comercial específica).

³⁰ Lo previsto en este último apartado se reitera en el artículo 10.2 de la LCCLM, de ahí que el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su dictamen nº 38/1998, de 28 de abril, relativo al anteproyecto de LCCLM recomendase la supresión de este último artículo al considerar su contenido superfluo por reiterativo. Sorprendentemente, esta reiteración permaneció en el texto de la LCCLM aprobado definitivamente.

³¹ Vid. IVORRA ARDITE, T. y CHAMARRO STORMS, I.: “*La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (Primera Parte)*”. Revista jurídica de la Comunidad de Madrid nº16 (2003), pág. 254 y ss.

³² Precisamente, la sujeción de la concesión de la licencia de obras a la previa obtención de la licencia comercial plantea serios inconvenientes en los proyectos de centros comerciales a instalar en suelo no urbanizable. En este sentido, la LCCLM exige, entre la documentación a aportar en la solicitud de licencia comercial (vid. apartado) certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento, u otro funcionario municipal debidamente habilitado al efecto, que deje constancia expresa de que el gran establecimiento comercial puede ejecutarse sin necesidad de que con posterioridad al otorgamiento de la licencia comercial específica sea necesario el otorgamiento de calificación urbanística para la legitimación de obras, construcciones o instalaciones en suelo rústico. Si a esto unimos lo dispuesto en el artículo 64.4 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 diciembre que señala la necesidad de tramitar en un mismo procedimiento la calificación urbanística y la licencia de obras. La contradicción entre ambas normativas resulta, pues, evidente.

³³ Asimismo, puede darse el caso paradójico de que el cambio de ubicación dentro del mismo municipio pueda conllevar un cambio en la necesidad de licencia comercial específica, en el supuesto de que el municipio haya experimentado cambios importantes de población desde la apertura original del establecimiento.

³⁴ La redacción del artículo 4.3.a) de la LCCLM antes de la modificación realizada por Ley 1/2004, de 1 de abril era la siguiente: “*Estarán sujetas igualmente a licencia comercial específica: a) la ampliación de establecimientos comerciales, cuando lleguen a superar los 2.000 metros cuadrados*”.

³⁵ A pesar de la redacción del artículo 4.3.b) de la LCCLM, parece que el legislador está tomando como referencia la superficie útil de exposición y venta de productos (única superficie, además, que se ha tenido en cuenta para la concesión de la licencia comercial específica). Si el citado artículo no limita la exigencia de nueva licencia comercial específica únicamente al caso en que la ampliación del gran establecimiento comercial supone una ampliación de metros cuadrados de superficie de venta, nos encontraríamos frente al absurdo de que se estarían sujetando a licencia comercial los supuestos de aumento de superficie de un establecimiento comercial destinada a ocio cuando dicha superficie no es tenida en cuenta, paradójicamente, para la concesión inicial de la licencia comercial específica.

Entendemos, pues, que no resultaría necesaria la solicitud de licencia de ampliación de un gran establecimiento comercial siempre y cuando la superficie de ampliación se destine exclusivamente a espacios no considerados superficie de venta como, por ejemplo, los espacios de ocio. Esto resulta particularmente relevante para aquellos establecimientos comerciales que desean únicamente ampliar su oferta de ocio (por ejemplo, restauración).

³⁶ Hemos de entender que el término “*existentes*” no se refiere necesariamente a establecimientos preexistentes a la aprobación de la LCCLM sino a cualquier gran establecimiento comercial que existiera con dicha calificación en el momento de su ampliación. En consecuencia, la excepción queda limitada a los grandes establecimientos comerciales. Recordemos que los establecimientos comerciales que adquiriesen la condición de gran establecimiento comercial por ampliación de la superficie útil de venta (ya sea por primera o sucesivas ampliaciones e independientemente del incremento de la superficie, siempre que sobrepase los umbrales del gran establecimiento), están sometidos a la obligación de obtención de licencia comercial por el artículo 4.3.a) de la LCCLM.

³⁷ No obstante, a mi entender, el establecimiento de este concreto supuesto en la LCCLM resulta superfluo. En este sentido, la licencia comercial específica se concede expresamente para la realización de una determinada actividad, siendo el ejercicio de esta determinada actividad condición establecida en la licencia comercial específica. No sería posible ejercer en el local comercial una actividad distinta para la cual la licencia comercial específica fue otorgada, dado que dicha actividad no estaría amparada en la licencia comercial otorgada. Por tanto, si se pretendiese ejercer una actividad distinta de la autorizada, se requeriría la previa obtención de una nueva licencia comercial específica (o, al menos, la modificación de la licencia comercial específica otorgada).

³⁸ Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que en los supuestos de cierre del gran establecimiento comercial es necesario que concurra, como en todo supuesto de caducidad de licencias, un *"evidente y claro propósito"* por parte del titular de la licencia comercial específica de no continuar en el ejercicio de sus derechos así como la inexistencia de causa de fuerza mayor u otra circunstancia imprevista e inevitable que impida al titular de la licencia comercial específica ejercer los derechos adquiridos en virtud de la misma. Asimismo, entendemos que resultaría necesario la tramitación del procedimiento descrito en el apartado de este artículo. Resulta, pues, curioso que exista una duplicidad de licencia comercial específica en los supuestos de reapertura de un gran establecimiento comercial cerrado por más de un año. En efecto, el explotador del gran establecimiento comercial será teóricamente titular de dos licencias comerciales específicas para el mismo gran establecimiento comercial: (i) la licencia comercial específica inicial, de vigencia indefinida, cuya caducidad no podría ser declarada al no incluirse como motivo de caducidad el cierre por más de un año del gran establecimiento comercial; y (ii) la licencia comercial específica necesaria para la reapertura del gran establecimiento comercial.

³⁹ Así, piénsese en un fondo de inversión que adquiera la propiedad de un centro comercial cuya explotación comercial venga ejerciéndose por el distribuidor comercial titular de la licencia comercial. En este supuesto, el fondo vendría obligado a comunicar la compra del establecimiento comercial al municipio y a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

⁴⁰ Como hemos adelantado, los cambios de titularidad en la licencia comercial que se produzcan con posterioridad a la apertura del gran establecimiento comercial no están sujetos requisito o autorización autonómica alguna.

⁴¹ De manera general, los organismos oficiales mencionados como participantes de la tramitación se nombran con sus denominaciones vigentes en el momento de redactar este trabajo.

⁴² La LCCLM no establece la necesidad de que ninguna de las fotocopias a adjuntar en la solicitud sean compulsadas notarialmente.

⁴³ Aunque la LCCLM no lo establece expresamente, entendemos que este apartado debe completarse conforme a los anteriores, esto es, añadiendo "o documento análogo si se trata de persona extranjera".

⁴⁴ Respecto de la exigencia de esta documentación para la solicitud de licencia comercial específica, el TDC ha señalado en su informe I 100/02 que *"no se comprende el derecho que pueda tener ese órgano para exigir una información que puede ser confidencial"* máxime cuando *"es práctica frecuente que ciertos organismos de vigilancia de los mercados de capitales, por ejemplo, las gestoras de los mercados bursátiles, soliciten información de este tipo con el fin de disponer de un primer elemento a la hora de excluir a las empresas claramente fraudulentas de los mercados"*.

⁴⁵ La propia exposición de motivos de la LCCLM señala que *"se ha procurado establecer un mecanismo eficaz que permita identificar desde el inicio del procedimiento a la empresa que explotará comercialmente la gran superficie"*.

⁴⁶ No obstante, de conformidad con el artículo 38.4 de la L 30/92 en su redacción dada por la L 4/99, el interesado puede también presentar la solicitud:

a) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.

b) En las oficinas de Correos en la forma establecida en el artículo 31 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre.

c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

⁴⁷ Entendemos excesivamente restrictiva el criterio de la LCCLM de limitar los medios de probar los derechos sobre la parcela en la que se instalará el gran establecimiento comercial a los documentos públicos. En este sentido, la LCCLM parece no admitir, por ejemplo, los contratos privados de opción de compra sobre un determinado terreno.

⁴⁸ Entendemos, del mismo modo, excesivamente restrictivo el criterio de sujetar la propia solicitud de licencia comercial específica a la previa aprobación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística. Este hecho entorpece enormemente la posibilidad de implantación de grandes establecimientos comerciales y no se aprecia en qué medida evita los posibles proyectos especulativos (objetivo pretendido por la LCCLM).

⁴⁹ Este último apartado (*el otorgamiento de calificación urbanística para la legitimación de obras...*) resulta ciertamente reiterativo de lo ya dispuesto en el apartado a).

⁵⁰ Tal y como expone el Dictamen nº 150/2003, de 2 diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha sobre el expediente relativo al Anteproyecto de Ley de Modificación de la LCCLM señala que *“las concreciones buscadas por la norma, en relación con la identidad del sujeto certificador y el contenido de la certificación que debe aportarse, no parecen estar exentos de problemas () Se invoca en la Exposición de Motivos la experiencia proporcionada por la aplicación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, desde el momento de su aprobación, vinculando la medida analizada con la evitación de proyectos de tipo especulativo en la esfera inmobiliaria. Sin embargo, el expediente no ofrece una justificación precisa que permita captar la relación habida entre las mayores exigencias documentales pretendidas y el propósito de abortar iniciativas carentes de un sustento comercial real, que dice perseguirse con las mismas, por lo que el juicio que se formula al respecto parte de esta precaria exposición de las razones concretas que pudieran aconsejar la introducción de la reforma examinada. En tal sentido, ha de considerarse, primeramente, que no parece ineludible, como prevé la norma, que el sujeto certificador mantenga una relación de empleo de naturaleza funcional con el Ayuntamiento para el que desempeñe funciones de asesoramiento urbanístico, dado que dicho cometido puede estar siendo desempeñado en muchas entidades locales por empleados vinculados a éstas mediante una relación jurídica de tipo laboral, o incluso podría estar siendo atendido por titulados o técnicos cualificados, carentes de relación de empleo con la Administración, que actuaran por una mera encomienda contractual de servicios profesionales. De otro lado, la reforma ideada pretende la obtención de un documento, de certeza acreditada, que extreme las garantías de viabilidad urbanística del Proyecto comercial analizado, llevando sus determinaciones hasta tal punto que parecen comprometedoras del futuro otorgamiento de las correspondientes licencias. Sin que parezca necesario alcanzar tal grado de certidumbre urbanística en el procedimiento ahora regulado, en tanto que se orienta a la concesión de una autorización previa a la obtención de las licencias municipales y otorgada básicamente en atención a criterios de índole comercial, las modificacio-*

nes proyectadas situarían al autor de la certificación en una visible posición de responsabilidad que puede provocar reservas en el trance de admitir la competencia para emitirla o de plasmar, en los términos expuestos, su contenido habilitante de las actuaciones urbanísticas previstas en el citado Proyecto. La norma, en su literalidad, sólo pretende imponer una obligación al solicitante, que podría resultar de difícil cumplimiento si no se corresponde con una obligación paralela que venga a recaer sobre los Ayuntamientos donde pretendan radicarse las actividades. La superación de este problema exigiría que la norma también impusiera esta obligación a la entidad local y sus empleados, pero para ello habría de apelarse a las competencias asumidas en materia de Régimen Local -artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda -artículo 31.1.2ª del Estatuto de Autonomía-, siendo cuestionable que el ejercicio de la fe pública administrativa por parte de sus funcionarios, que tiene como ámbito de actuación natural el contenido de los actos y documentos municipales, pueda hacerse extensiva a documentos elaborados por particulares, susceptibles de interpretación en su adecuación al planeamiento, y sobre los que no habría recaído aún licencia o autorización alguna. Esta objeción tiene lógicas derivaciones en el contenido del apartado 7 del artículo único del Anteproyecto, que busca asegurar la correspondencia entre el documento técnico presentado ante la Administración Autonómica y el considerado en el certificado municipal acreditativo de la viabilidad urbanística de la iniciativa, exigiendo un diligenciado de autenticación del ejemplar del Anteproyecto presentado para solicitar la licencia comercial específica, que se atribuye al mismo sujeto certificador”.

⁵¹ De nuevo, la LCCLM parece no contemplar la existencia de centros comerciales o establecimientos comerciales colectivos.

⁵² La posibilidad de condicionar la concesión de la licencia comercial específica al mantenimiento de las previsiones de empleo del gran establecimiento comercial podría implicar una restricción desproporcionada del derecho constitucional a la libertad de empresa comercial.

⁵³ La necesidad de este informe venía ya dada por el artículo 6 de la LOCM y se adaptó en consecuencia la LDC, cuyo actual artículo 25.e) reza así: “[Compete al TDC] dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, según establece la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista”.

⁵⁴ El TDC, en su “Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial” (I 100/02), se ha quejado amargamente de lo que ha denominado “adulteración de la intención declarada de la LOCM” por parte de la sucesiva modificación autonómica de la normativa sobre comercio, comentando que son frecuentes los casos en que tiene que emitir informes por establecimientos de 500 m². Podemos encontrar umbrales entre los 500 m² y 750 m² en determinados casos para las normativas aragonesa, canaria, valenciana, extremeña, gallega, murciana y vasca. La normativa balear ha impuesto no ya umbrales, sino prohibición directa de apertura de locales con superficies superiores a 250 m² en municipios con población inferior a 3.000 habitantes. Esta prohibición está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

⁵⁵ En este sentido, la Memoria Anual del TDC para el año 1996 declaraba que: “Por lo que se refiere a la cuestión de si requieren informe los expedientes de apertura de los centros comerciales, entiende el Tribunal que no procede el informe de los mismos. En efecto, la LOCM prevé que el concepto de establecimiento es, dentro de los varios que utiliza la legislación mercantil, el equivalente a “tienda”, local o comercio de un solo titular, por lo que la exigencia del informe preceptivo del Tribunal se debe limitar, por tanto, a la solicitud de instalación de grandes superficies de este tipo. Los centros comerciales y demás agrupaciones comercia-

les colectivas de grandes y/o pequeños establecimientos, más que un solo establecimiento, constituyen un conjunto de comercios de diferente titularidad y régimen, cuya superficie no cabe sumar para llegar al mínimo que habría que considerar como gran establecimiento comercial.

⁵⁶ Debe entenderse que en este informe el término “centros comerciales” se refiere a grandes establecimientos comerciales de carácter colectivo, sin distinguir que sean propiamente centros comerciales o parques comerciales.

⁵⁷ Esta tendencia apuntaban BERENGUER FUSTER y CASTAÑEDA BONICHE en el año 1997 (“Los informes del TDC en materia de grandes establecimientos comerciales”, en TORNOS MAS, J. (coord.). “Grandes Establecimientos Comerciales. Su ordenación e implantación”. Tecnos. 2000, p.216), sin perjuicio de lo cual hay que hacer notar que hemos examinado varias órdenes de otorgamiento de licencia comercial para la ampliación de grandes establecimientos, de fechas más recientes, en cuyos considerandos se menciona la existencia de informe emitido por el TDC..

⁵⁸ Como dice el propio TDC en la ya citada Memoria Anual de 1996, “la legislación específica no establece un plazo concreto distinto del general de 10 días del artículo 83.2 de la Ley 30/1992. Como dicho plazo resulta insuficiente tanto para que las autoridades autonómicas puedan facilitar los datos necesarios para fundamentar el informe como para que el Tribunal pueda elaborarlo, el Tribunal, de acuerdo con las autoridades autonómicas, establece que el plazo de referencia debe ser el de tres meses, en consonancia con el plazo establecido para emitir el oportuno informe de concentraciones económicas”.

⁵⁹ La falta de concreción sobre el contenido exacto del informe ha obligado de nuevo al TDC a delimitar el alcance de su tarea: en la Memoria Anual de 1996 se especificó que “los informes del Tribunal se han limitado exclusivamente a analizar los efectos que la apertura de los grandes establecimientos comerciales tienen sobre la competencia, dejando al margen otras consideraciones tales como las relativas a la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos sobre la estructura comercial”.

⁶⁰ Vid. BERENGUER FUSTER, L. y CASTAÑEDA BONICHE, A., “Los informes del TDC en materia de grandes establecimientos comerciales”, Ob. cit., pp.181-229.

⁶¹ De hecho, de los catorce informes emitidos por el TDC desde 1999 hasta 2003 respecto de grandes establecimientos comerciales a implantar en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, doce informes fueron favorables a la implantación mientras que el resto de supuestos no se emitió informe. Ninguno de ellos fue desfavorable.

⁶² Una segunda excepción, señalada en la Memoria Anual de 1996, vendría “si en el análisis del expediente se detecta que el proyecto cuenta con la obtención de ayudas públicas para los promotores [pues] resultaría que éstas serían restrictivas para la competencia por canto situarían a los beneficiarios de tales ayudas en una situación más ventajosa que la de sus competidores”.

⁶³ Una dificultad suplementaria viene dada por el hecho de que en el momento de emisión del informe no siempre se conoce la enseña o la actividad a que será dedicado el gran establecimiento comercial, lo que dificulta notablemente el análisis de los efectos que su implantación pudiera tener sobre la libre competencia. Sin embargo, el TDC no se topa con esta dificultad en el caso de grandes superficies comerciales en Castilla-La Mancha, dado que la propia LCCLM exige la identificación del explotador del gran establecimiento comercial en la misma solicitud de licencia comercial específica que se realice.

⁶⁴ En la actualidad, Director General de Promoción Empresarial y Comercio. Actúa como Presidente de la Comisión.

⁶⁵ En la actualidad, Director General de Industria y Energía.

⁶⁶ En la actualidad, Director General de Salud Pública y Participación.

⁶⁷ En la actualidad, Director General de Urbanismo y Ordenación Territorial.

⁶⁸ En la actualidad, Director General de Medio Natural.

⁶⁹ En la actualidad, Jefe del Servicio de la Dirección General de Promoción Empresarial y Comercio.

⁷⁰ Respecto a la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona de influencia del nuevo emplazamiento, la propia LOCM establece que una zona está dotada de un adecuado equipamiento comercial cuando éste garantice a la población existente y, en su caso, a la prevista a medio plazo, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicio, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor.

⁷¹ Respecto a los efectos sobre la estructura comercial existente, la LOCM establece que éstos se valorarán teniendo en cuenta la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad. Hay que tener en cuenta que este último apartado (4) no ha sido declarado como de aplicación uniforme por la LOCM, por lo que las Comunidades Autónomas tienen margen para definir y concretar los elementos que han de servir para valorar el impacto sobre el comercio preexistente, siempre, claro está, que, a través de la concreción, no vulneren la definición general del apartado 2.

⁷² Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M.: "*Urbanismo comercial y libertad de empresa*", Ob. cit., pp. 502 y ss.

⁷³ Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M.: "*Urbanismo comercial y libertad de empresa*", Ob. cit., p. 518.

⁷⁴ Vid. IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: "*Licencias Urbanísticas 2003*", Ob. cit., pp. 287-289.

⁷⁵ En el caso concreto de la licencia comercial específica en la Comunidad de Castilla-La Mancha, la Sentencia nº 822/2001 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 5 de diciembre (Ar. JUR 2002/66116) señala que:

"el Tribunal considera que debe decaer la pretensión actora por entender que la resolución de la Consejería que declara la caducidad de la licencia comercial específica es conforme a derecho; y es así, porque el antecedente esencial del que ha de partirse para valorar la declaración de caducidad de la licencia es la Orden de 12-XI-1996, la cual estableció la autorización para el Centro Comercial con sus requisitos, límites y las consecuencias de estos límites, constituyendo la resolución que amplió el plazo en tres meses (recurso 1476/1997) una modificación puntual en relación al tiempo que tenía para el inicio de las obras. Y los parámetros establecidos en la misma fueron conocidos y consentidos por la mercantil actora.

Ciertamente la jurisprudencia se muestra restrictiva en este tema de la caducidad de las licencias, señalando que no opera la caducidad de modo automático, y que no basta simplemente con la inactividad del titular, por lo que el "instituto de la caducidad de las licencias municipales ha de acogerse con cautela" y aplicándolo moderadamente, como dicen, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20-V-1985 (RJ 1985/4116), 18 de julio de 1986 (RJ 1986/6618), de 22 de marzo de 1989, etcétera.

Pero también el Tribunal Supremo ha indicado que procede la caducidad cuando se acredita que la licencia no ha sido utilizada ni se ha realizado obra alguna para la que fue solicitada, siempre previa audiencia de interesado (STS 13-II-1995, RJ 1995/1074). En la Sentencia de

24-VII-1995 (RJ 1995/6095) se dice: "Aunque en una licencia de obras se indique un plazo de validez, este nunca opera automáticamente, sino que se requiere una expresa declaración de caducidad, que ha de ser remate de un expediente seguido con intervención de interesado, emisión de informe y acreditamiento y ponderación de todas las circunstancias concurrentes".

OBJETO Y LÍMITES DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Manuel Jesús Marín López¹
Profesor Titular de Derecho Civil
*Centro de Estudios de Consumo*²
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Objeto del arbitraje de consumo. II. Delimitación subjetiva. A. Conflicto entre consumidores y empresarios. B. Supuestos dudosos. III. Delimitación objetiva. A. Materias susceptibles de arbitraje. a) Regla general. b) Excepciones (art. 2.2 RDAC). B. Otros límites objetivos. a) Límites establecidos en la oferta pública o en la aceptación del empresario. b) Las controversias no contractuales. c) La reconvencción. C. Tipos de reclamación. a) Reclamaciones individuales. b) ¿Acciones de cesación por la vía del arbitraje de consumo? c) ¿Acciones de reparación de daños colectivos o difusos por vía de arbitraje de consumo? IV. Delimitación temporal. A. Eficacia temporal de la oferta pública de sometimiento a arbitraje. B. Declaración de concurso y arbitraje de consumo.

I. Objeto del arbitraje de consumo

El objeto del arbitraje de consumo viene descrito en el art. 2.1 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo (en adelante, RDAC), que es en buena medida reproducción del art. 31.1 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU). Según aquel precepto, "el sistema arbitral de consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial". De este modo, el objeto del arbitraje de consumo consiste en el conocimiento de los conflictos relativos a los derechos legalmente reconocidos a los consumidores. El sistema arbitral de consumo conoce, así, de lo que se ha llamado actos de consumo, que son los que relacionan a un empresario y a un consumidor y a través de los cuales este último adquiere un bien o un servicio para su consumo o uso final, sin integrarlo en un proceso produc-

tivo, en tanto que el empresario participa en la relación con todos sus caracteres de profesionalidad.

Así, el ámbito objetivo del sistema arbitral de consumo nos remite a la calidad subjetiva de las partes en conflicto, aspecto éste que se analiza en el epígrafe siguiente. En todo caso, si se quieren objetivar las materias sobre las que puede conocer el arbitraje del consumo, se puede decir que su objeto viene constituido por el Derecho del consumo.

II. Delimitación subjetiva

A. Conflicto entre consumidores y empresarios

El arbitraje de consumo está dispuesto, de conformidad con el art. 1.1 RDAC, para atender las quejas de los consumidores o usuarios. Tenemos, de esta forma, que las partes en un arbitraje de este tipo son el consumidor o usuario, por una lado, y el empresario o comerciante contra quien se dirige la reclamación, por otro. Dada la ubicación sistemática del art. 31 LCU, el concepto de consumidor se relaciona con lo dispuesto en el art. 1 del mismo cuerpo legal. En la definición positiva (apartado 2.º), “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. En la versión negativa (apartado 3.º), “no tendrán las consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Con esto podría terminar un comentario acerca del ámbito de aplicación subjetivo del arbitraje de consumo, si no fuera porque el carácter adjetivo o procesal del arbitraje deja indeterminada la calidad de las partes. La observación merece ser explicada. El ámbito de aplicación subjetivo del arbitraje de consumo viene identificado por la condición de las partes en el procedimiento arbitral. Quién puede reclamar y quién puede ser

reclamado en arbitraje es una cuestión de legitimación activa y pasiva, y la legitimación la determina la relación jurídica en la que ha nacido el conflicto. De este modo, las partes en el arbitraje de consumo no tienen por qué responder siempre al concepto de consumidor y empresario que se deduce del art. 1 LCU, sino que la legitimación del reclamante dependerá del concepto de consumidor propio de la órbita normativa a la que se refiere la reclamación. Así, por ejemplo, no pueden acudir al arbitraje de consumo las personas jurídicas para hacer valer derechos deducidos de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, porque esta normativa, contrariando el criterio general de la Ley General de Consumidores, las excluye del ámbito de su protección (art. 1.2 LCC). En cambio, sí podrán reclamar ante las Juntas Arbitrales de Consumo los empresarios que hayan adquirido viajes con fines de negocio, aunque no sean usuarios finales en el sentido del art. 1 LCU (art. 2.7 Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados).

B. Supuestos dudosos

Existen casos en los que no resulta difícil averiguar si el reclamante puede ser considerado consumidor, a los efectos de poder recurrir al sistema arbitral de consumo. En muchas ocasiones, las Juntas Arbitrales o los propios colegios arbitrales determinan la no sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, por estar el bien objeto de arbitraje destinado a integrarse en procesos productivos. Así sucede en dos casos que proceden de Castilla-La Mancha (mencionados en A. CARRASCO PERERA/C. DÍAZ-REGAÑÓN, *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 74 y 75). En uno de ellos la reclamación se formula contra una empresa de aire acondicionado, debido al funcionamiento defectuoso del aparato comprado por el reclamante. El colegio arbitral se declara no competente para conocer del asunto, pues de las declaraciones del propio reclamante se infiere que el aparato lo compró para instalarlo en un bar de su propiedad. En el segundo, se trata de una reclamación frente a una compañía telefónica, por una factura excesivamente alta; también aquí el colegio arbitral se inhibe del asunto, por la condición de empresario del reclamante.

Sin embargo, la cuestión es más compleja cuando el reclamante es un sujeto que adquiere el bien o servicio para fines mixtos. En mi opinión, para que pueda acudir al arbitraje de consumo es preciso que ese sujeto pueda ser considerado como “consumidor”, aplicando la normativa jurídica a que se refiere la reclamación, sea ésta la LCU, sea la ley especial que disciplina ese concreto ámbito material de regulación. Conviene advertir, en todo caso, que algunas Juntas Arbitrales manejan un concepto de consumidor no tan restringido como el contenido en la LCU. Así sucede, por ejemplo, con las Juntas Arbitrales catalanas, que vienen admitiendo como consumidor al comerciante que adquiere bienes o servicios, que sólo indirectamente inciden en su actividad profesional. A mi juicio, este modo de proceder prescinde de la legalidad vigente. Ese comerciante sólo puede acudir al arbitraje de consumo como reclamante si la norma jurídica que sirve de apoyo a la reclamación permite configurarlo como “consumidor”. Cosa distinta es que sea deseable la modificación de la legitimación activa del sistema arbitral de consumo, para permitir reclamaciones de este tipo.

En línea de principio, es evidente que las reclamaciones de que conoce el sistema arbitral de consumo han de ir formuladas contra un empresario. En consecuencia, no cabe plantear reclamaciones ante las Juntas arbitrales cuando el sujeto reclamado actúa en esa relación jurídica con fines ajenos a una finalidad empresarial o profesional. En tal caso se trata, en verdad, de un arbitraje entre particulares, excluido del sistema arbitral de consumo. Paradigmático es el supuesto de las reclamaciones arbitrales que se presentan contra arrendadores que no son profesionales de la promoción inmobiliaria. Ciertamente, algunas Juntas arbitrales han admitido reclamaciones de este tipo. Mi opinión es, sin embargo, que no cabe el arbitraje de consumo, precisamente porque el reclamado no tiene la condición de empresario. Lo que no significa que no se reconozca que para las controversias entre los particulares sea recomendable un sistema como el arbitral de consumo.

Por otra parte, no hay posibilidad de acudir al arbitraje de consumo, aun cuando la reclamación la formule un particular frente a un empresario, si la controversia no tiene su origen en un acto de consumo. Así sucede, por ejemplo, cuando un particular vende a una empresa su propio vehículo, ya usado, o vende algún mueble a un anticuario.

III. Delimitación objetiva

A. Materias susceptibles de arbitraje.

Para averiguar qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de consumo, no basta con acudir al RDAC. Hay que tener en cuenta, además, la normativa general reguladora del arbitraje, contenida antes en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, y ahora en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA). Con todo, la existencia de una nueva ley general de arbitraje en nada afecta a las materias que pueden ser tratadas en el arbitraje de consumo.

a) Regla general.

La regla general es que son susceptibles de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” (art. 2.1 LA). En lugar de dogmatizar sobre el concepto de libre disposición, basándose en el juego de la autonomía de la voluntad y el límite del orden público, o de realizar enumeraciones exhaustivas sobre actos disponibles o indisponibles para las partes, parece más adecuado determinar caso a caso, una vez planteada la controversia, si la misma es susceptible de libre disposición conforme a derecho.

De lo expuesto resulta que no son susceptibles de arbitraje –ni tampoco del arbitraje de consumo- las cuestiones sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros (el art. 1814 CC los excluye del contrato de transacción). Por otra parte, el art. 751 LEC determina la indisponibilidad del objeto del proceso en relación con todos los procesos a los que se refiere el Título I del Libro IV (capacidad, filiación, matrimonio y menores), excepto en las pretensiones accesorias que se formulen en dichos procesos y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable (art. 751.3 LEC).

En la jurisprudencia, existen numerosas sentencias que resuelven si la instalación y acceso a una línea telefónica es o no materia arbitrable. La SAP Barcelona, de 2 de julio de 2004 (JUR 2004, 219541) entiende que

no, pues se trata de una materia sobre la que las partes no tienen poder de disposición (en el mismo sentido, SAP Asturias de 30 de septiembre de 2003; AC 2003, 1629). Estima que no es arbitrable el derecho de acceso al servicio telefónico, pero sí las cuestiones relacionadas con la prestación del servicio telefónico disponible al público, como su funcionamiento, precio, facturación, responsabilidad por daños, etc. Otras sentencias, en cambio, establecen que sí es materia arbitrable. Así, las SSAP Burgos, de 5 de marzo de 2004 (JUR 2004, 112222), y Almería, de 14 de junio de 2004 (JUR 2004, 204034).

b) Excepciones (art. 2.2 RDAC).

El art. 2.2 RDAC enumera las materias que no se pueden resolver en arbitraje de consumo. El precepto se redactó como una simple yuxtaposición del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 y del art. 31 LCU. Hoy la nueva Ley de Arbitraje no reproduce el elenco de materias excluidas. Pero ello no tiene efecto alguno en el tema que ahora nos ocupa, pues la exclusión se contiene en el art. 2.2 RDAC.

No podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones:

a) *Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.* El precepto utiliza sin propiedad la equivalencia entre resolución firme y definitiva, porque es resolución definitiva la que pone fin a la instancia (art. 207.1 LEC), en tanto que es resolución firme la que no es susceptible de ulterior recurso (art. 207.2 LEC). Solamente no son susceptibles de sometimiento a arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución firme, por la autoridad o santidad de la cosa juzgada. Sí puede someterse a arbitraje una cuestión sobre la que haya recaído resolución definitiva, pero antes de que haya transcurrido el plazo para recurrir. Esa resolución definitiva será normalmente, pero no necesariamente, una sentencia. Por lo demás, la ejecución, por su carácter coercitivo, corresponde siempre y sin excepciones a la jurisdicción. No obstante, se pueden decidir en arbitraje determinados aspectos derivados de la ejecución de la resolución firme.

b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.* No resulta fácil averiguar a qué supuestos se refiere la norma. A primera vista, podría pensarse que la misma se aplica a la indemnización causada por el ilícito penal. Pero esto no es así. Pues la pretensión civil no deriva del delito, sino de una acción u omisión que causa un daño, aunque penalmente esta sea tipificada como delito o falta. Así resulta además del art. 1813 CC, que permite la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito. En definitiva, esta materia puede ser objeto de arbitraje. Descartado este supuesto, resulta complicado imaginar otros en los que concurra lo previsto en esta disposición.

c) *Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.* Los criterios generales de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, cuando lo dispone la ley, son la preservación del orden público, la protección de los menores e incapaces y los pleitos referidos a estados civiles y capacidad de la persona. Si se quiere pensar en algún supuesto de intervención del Ministerio Fiscal en representación y defensa de los que carecen de capacidad de obrar o de representación legal, y que además se pueda tratar de una materia de consumo y disponible por las partes en los términos del apartado c), el supuesto se ve reducido a la defensa judicial que asume el Ministerio Fiscal de las personas que debieran estar sometidas a tutela (art. 299 bis CC).

d) *Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.* La exclusión de estas materias se realiza por transcripción literal de lo dispuesto en el último inciso del art. 31.1 LCU. Teniendo en cuenta que este precepto se dictó con anterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988, se ha planteado que quizás en la actualidad su reiteración en el art. 2.2 d) RDAC resulte superflua, por ser su sentido el mismo que el de los apartados anteriores. Así sería, desde luego, si se interpretara el precepto en el sentido de que no se pueden depurar en arbitraje responsabilidades penales, pero sí las consecuencias civiles derivadas del delito. Ello no añadiría nada nuevo al apartado b) del art. 2.2 RDAC. Tengo, sin embargo, para mí que el precepto

tiene un sentido completamente original que excluye que se decida en arbitraje acerca de las responsabilidades civiles por daños personales (intoxicación, lesión o muerte) o por actos presuntamente delictivos. No se ha de olvidar el contexto que gestó la Ley de Consumidores de 1984, decididamente marcado por la catástrofe del síndrome tóxico por aceite de colza adulterado. El legislador actuó deliberadamente cuando decidió reservar a la jurisdicción el conocimiento de las acciones civiles de esta naturaleza.

De conformidad con el art. 8.1 RDAC, “la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su Presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del presente Real Decreto”. No obstante, incluso después de este trámite previo de admisión, podrá el Colegio Arbitral cuestionar su competencia objetiva, bien de oficio (art. 22.1 LA), bien a instancia de parte (art. 29.1 LA). Si se llegara a dictar laudo sobre puntos que no puedan ser objeto de arbitraje de consumo, se podrá instar su nulidad [art. 41.1.e) LA]. En este caso, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (art. 41.3 LA).

B. Otros límites objetivos

a) Límites establecidos en la oferta pública o en la aceptación del empresario.

Existe la posibilidad de establecer límites objetivos al arbitraje en la oferta pública de sometimiento a arbitraje o en la aceptación que realice el empresario. En efecto, si el empresario realiza una oferta pública de sometimiento, habrá de mencionar necesariamente el “ámbito de la oferta” [arts. 6.1 y 6.2.a) RDAC]. No especifica la normativa cuál ha de ser el contenido de esa oferta. Esa indeterminación permite a los empresarios establecer límites de todo tipo al ámbito de la oferta; por ejemplo, imponer condiciones de tipo procedimental, o fijar límites sobre la cuantía reclamada o fijar límites territoriales. Pero también podrán establecer límites sobre las materias susceptibles de arbitraje. En este punto, se hace necesaria una modificación del sistema arbitral de consumo. Conforme a la normativa vigente, la Junta Arbitral de Consumo deberá otorgarle al empresario que

realiza la oferta pública de sometimiento el distintivo, deberá registrarlo en el libro correspondiente y disponer además su publicación en el diario oficial. El hecho de que la oferta pública venga condicionada o limitada objetivamente no autoriza a la Junta Arbitral para rechazarla. Ello crea inseguridad y confusión en el consumidor, pues la “pegatina” oficial no deja lugar para insertar en ella las limitaciones de la oferta, por lo que el consumidor carece de esa información cuando celebra un contrato de consumo con ese empresario.

La posibilidad de fijar límites objetivos también existe cuando no hay oferta pública de sometimiento, sino que el consumidor realiza una solicitud de arbitraje conforme al art. 9 RDAC. En este caso, la Junta Arbitral de Consumo notificará la solicitud de arbitraje al empresario reclamado, el cual “deberá aceptarla o rechazarla” (art. 9.1 RDAC). Ante el silencio de la norma, nada impide que el empresario haga una aceptación limitada objetivamente.

b) Las controversias no contractuales.

Cabe plantearse si son susceptibles de arbitraje de consumo las controversias que tienen un origen no contractual. Los casos reales son los de daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales en los que no ha intervenido, ni siquiera en su origen, una actividad de provisión de bienes o servicios a un consumidor.

Como ejemplo, puede citarse el caso resuelto por la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 16 de junio de 1999 (AC 1999, 6952). La Audiencia Provincial estima el recurso de anulación interpuesto por Telefónica contra el laudo arbitral en el que se le condena a la retirada del cable y a la reparación de los daños causados en la fachada del edificio y en la vivienda de un propietario. El argumento es concluyente: no cabe el arbitraje de consumo, pues no existe una relación contractual entre el propietario y la compañía de telecomunicaciones que invade con el cable el terreno de aquél, causándole unos daños.

Aunque la cuestión es dudosa, entiendo que la solución ofrecida por la sentencia es acertada. El arbitraje de consumo sólo resuelve con-

troversias derivadas de relaciones de consumo. La relación de consumo se define por su origen contractual: hay un sujeto, que adquiere bienes o servicios de un empresario. El problema puede plantearse en relación con la responsabilidad extracontractual. Es cierto que los arts. 25 y ss. LCU regulan la responsabilidad extracontractual. Pero también lo es que es ésta una materia ajena a la relación de consumo en sentido estricto. Nadie es propiamente consumidor frente a los daños extracontractuales. Es más, la protección que brinda el ordenamiento no deriva de su propia condición de consumidor.

También hay que preguntarse si pueden ser objeto de arbitraje las controversias sobre responsabilidad contractual de tipo secuencial derivada de la adquisición de bienes y servicios. Se trata de dilucidar si el consumidor puede solicitar por vía arbitral la reparación de los daños causados en su persona o en sus bienes –distintos del bien de consumo-. Aquí el único límite es el contenido en el art. 2.2.d) RDAC; esto es, que los daños no provoquen la intoxicación, lesión o muerte del consumidor, ni constituyan indicios racionales de delito. Al margen de estos casos, no existe obstáculo alguno que impida al sistema arbitral de consumo conocer de la reclamación de daños de tipo secuencial.

c) La reconvencción.

Tras la instauración del sistema arbitral de consumo se planteó si el empresario que era reclamado por vía arbitral podía a su vez utilizar la reconvencción. De este modo el empresario pretendía introducir en el arbitraje una pretensión nueva, configurándose él en ese punto como reclamante frente al consumidor, ampliando así el objeto sobre el que habrá de resolver el colegio arbitral. Para excluir la reconvencción del sistema arbitral de consumo se puede argüir el carácter unidireccional de este tipo de arbitraje. Este argumento, sin embargo, no es convincente, pues el carácter unidireccional sólo se predica en relación a la posibilidad de iniciar el arbitraje: sólo los consumidores pueden iniciar el arbitraje de consumo (arts. 31.1 LCU, 2.1, 3.1 y 5 RDAC). Pero una vez iniciado, ningún precepto prohíbe que posteriormente se extienda sobre otras cuestiones litigiosas, a instancia del empresario. Además, a favor de la reconvencción se pueden esgrimir varios argumentos, como el de no dividir la continencia de la

causa o la economía procesal. Lo cierto es que, a estas alturas, la doctrina mayoritaria y las Juntas arbitrales coinciden en admitir la reconversión del empresario.

En el ámbito arbitral, la reconversión presenta algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, el empresario no puede formular reconversión contra consumidores no demandantes en la vía arbitral, en contra de lo que permite el art. 407.1 LEC para el proceso civil. Por otra parte, es evidente que la reconversión sólo procede cuando existe una “conexión” entre la pretensión del empresario y la formulada por el consumidor demandante (art. 406.1 LEC). Pero, aun existiendo conexión, el objeto de la reconversión no puede recaer sobre las materias del art. 2.2 RDAC, pues éstas no pueden ser objeto de arbitraje de consumo. Existe una hipótesis en la que el tribunal arbitral puede conocer de una demanda reconversional no conexa a la petición del consumidor: cuando el empresario acepta la petición de arbitraje formulada por el consumidor, condicionándola a que se conozca en ese mismo procedimiento de una controversia no conexa. Se trata de una condición válida. Al consumidor corresponde decidir si acepta la reconversión en los términos formulados por el empresario o la rechaza, lo que supondrá que no hay convenio arbitral.

Una vez formulada reconversión, la Junta Arbitral de Consumo la trasladará al consumidor, quien deberá aceptarla o rechazarla en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación (art. 9.1 RDAC, aplicable por analogía). El rechazo de la reconversión supone la no continuación del procedimiento arbitral, tampoco sobre el objeto de la reclamación formulada por el consumidor.

C. Tipos de reclamación.

a) Reclamaciones individuales.

El sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores. Así se deduce de los arts. 2.1, 3.1 y 5 RDAC. Las solicitudes de arbitraje pueden ser presentadas por los consumidores personalmente o a través de asociaciones de consumidores. Conforme a estos preceptos, la asociación de consumidores puede

presentar la solicitud de arbitraje, pero para defender intereses individuales de los consumidores.

b) ¿Acciones de cesación por la vía del arbitraje de consumo?

La tutela civil de los consumidores como clase presenta fundamentalmente dos vertientes. Está, por una parte, la posibilidad de utilizar acciones de cesación, dirigidas a poner fin a una práctica contraria a la normativa protectora de los consumidores. Por otra parte, el ordenamiento permite el ejercicio de acciones dirigidas a obtener el resarcimiento de daños individualmente sufridos por los integrantes de un grupo, ya se trate de una pluralidad de consumidores determinados o fácilmente determinables, ya se trate de consumidores indeterminados o de difícil determinación (defensa de los intereses colectivos y difusos, respectivamente, en la terminología empleada por el art. 11 LEC).

Conviene ahora preguntarse hasta qué punto es posible acudir al arbitraje de consumo para tutelar los intereses de los consumidores como clase. Vamos a referirnos, en primer lugar, a las acciones de cesación. Como es sabido, las acciones de cesación, contempladas en nuestro ordenamiento jurídico en leyes particulares para supuestos concretos, se han generalizado tras la aprobación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Con la acción de cesación se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a cesar un comportamiento contrario a la normativa protectora del consumidor, a suprimir elementos ilícitos del mismo, o a corregirlos.

Es evidente que el RDAC no prevé expresamente el ejercicio por vía arbitral de acciones de cesación. Pero, ¿existen motivos jurídicos que impidan al sujeto legitimado ejercitar por vía arbitral una acción de cesación? Adviértase que es esta una cuestión que no tiene que ver que la legitimación activa, pues legitimados para ejercitar las acciones de cesación lo están no sólo las asociaciones de consumidores, sino también, en determinados ámbitos, el consumidor individual (así sucede en el caso de la publicidad ilícita y las actividades de radiodifusión televisiva que lesionen intereses colectivos de los consumidores). En principio, parece que no puede acudirse al arbitraje, pues el sistema arbitral de consumo sólo es apto para el conocimiento de las acciones *individuales* de los consumi-

res, y no de las acciones *colectivas*. Por otra parte, también podría cuestionarse si la materia propia de las acciones de cesación es una materia de libre disposición por las partes, por afectar a intereses “colectivos”, supraindividuales. La conclusión es que el sistema arbitral de consumo no está ideado para el ejercicio de las acciones de cesación, sin perjuicio de que sea deseable que en una futura reforma del mismo se de entrada al conocimiento por esta vía de este tipo de acciones.

En cualquier caso, aunque se admitiera que el sistema arbitral puede conocer de las acciones de cesación, hay que entender que la simple adhesión de una empresa al sistema arbitral no autoriza sin más al reclamante para acudir a esa vía. El RDAC está pensando en las reclamaciones individuales, por lo que no cabe presumir que quien se adhiere al sistema arbitral lo hace también en relación con las acciones de cesación, de mucha mayor trascendencia. Para someter estas pretensiones a arbitraje será preciso un acuerdo expreso de ambas partes.

c) ¿Acciones de reparación de daños colectivos o difusos por vía de arbitraje de consumo?

Menos problemático es averiguar si las acciones colectivas o difusas del art. 11 LEC pueden ejercitarse por la vía arbitral de consumo. La respuesta ha de ser, sin género de dudas, negativa. Y ello con independencia de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación (acciones colectivas), o sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación (acciones difusas); y al margen, por tanto, de que la legitimación activa para la reclamación de la indemnización corresponda a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de éstos, o a los grupos de afectados.

Las acciones colectivas y difusas tienen en nuestro ordenamiento un régimen procesal singular. Las especialidades tienen que ver, entre otras cosas, con la legitimación, la litispendencia, los efectos de cosa juzgada, la ejecución forzosa, etc. La cosa juzgada constituye un obstáculo para la vía arbitral. En efecto, las resoluciones judiciales que ponen térmi-

no a las acciones colectivas o difusas tiene efecto de cosa juzgada en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento. Si lo mismo se aplicara a la acción colectiva o difusa planteada en sede arbitral, sucedería que los consumidores que quisieran personarse tendrían que hacerlo en ese procedimiento arbitral ya iniciado, sin tener opción alguna de acudir a la vía jurisdiccional. Y eso, evidentemente, supondría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, aunque se admitiera a día de hoy la posibilidad de interponer acciones colectivas por la vía arbitral, un consumidor individual podría acudir a la vía jurisdiccional para defender sus intereses. Además, el sistema arbitral de consumo no prevé los cauces, ni dispone de los mecanismos necesarios, para conocer de este tipo de acciones. Por otra parte, debe señalarse que la LEC no regula las relaciones entre jurisdicción y arbitraje en materia de litispendencia. Por eso, el ejercicio procesal de las acciones colectivas o difusas planteadas por las asociaciones de consumidores no impide que un consumidor individual pueda acudir a la vía arbitral de consumo, en tanto no se haya producido la situación de cosa juzgada del art. 2.2.a) RDAC.

Ejemplificadora es la SAP Barcelona, de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1763). La AP anula el laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña, que resuelve el arbitraje iniciado por un consumidor individual contra RENFE. El laudo condena a la compañía ferroviaria a que indique en la impresión de los billetes de transporte de los trenes de cercanías que dichos títulos sólo sirven para esos tipos de trenes. De la sentencia no se deduce con claridad si el consumidor solicita igualmente —y el laudo lo acepta— la devolución de la cantidad que tuvo que abonar por el nuevo billete que tuvo que adquirir por haberse subido a un tren de otra clase distinta (tren regional) al transporte contratado con el billete original (tren de cercanías). Son dos las cuestiones que plantea el recurso de anulación. Por una parte, se discute si un consumidor individual tiene legitimación para el ejercicio de una acción de este tipo. La AP entiende que se trata de una acción colectiva, y que según el art. 11 LEC un consumidor carece de legitimación activa. Pero es que, por otra parte, aunque tuviera legitimación, entiende que una acción colectiva no puede someterse a la decisión de los árbitros, por tratarse de una materia que no es de libre disposición para un consumidor; pues el demandante en arbitraje no

puede disponer de derechos colectivos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

La sentencia merece algunas reflexiones. En mi opinión, la acción que pretende que se condene a RENFE a incluir en todos los billetes de cercanías determinada información (que sólo sirven para utilizarlos en ese tipo de trenes) es una acción de cesación, y no una acción colectiva o difusa. Y conforme a la normativa vigente, una acción de cesación de este tipo no puede ser interpuesta por un consumidor individual. Cabría discutir, en los términos que ya hemos visto, qué sucedería si un sujeto con legitimación activa hubiera interpuesto esa acción de cesación por vía arbitral. La AP se centra únicamente en la acción colectiva, aunque no está claro si el consumidor que acudió a la vía arbitral interpuso una acción de esa naturaleza. Si pidió que le devolvieran a él el precio del nuevo billete que tuvo que adquirir, no hay acción colectiva alguna. En cambio, si se trata de una acción colectiva si solicita que se devuelva el precio a todos los consumidores que, al igual que él, han sido obligados a pagar la diferencia de precio por subirse a un tren distinto al de cercanías. La AP resuelve el litigio bajo la hipótesis de que el consumidor ha realizado esta segunda petición. Y resuelve negativamente para el consumidor, anulando así el laudo, por dos motivos: por carecer de legitimación activa para el ejercicio de una acción de ese tipo, y porque no cabe conocer en la vía arbitral de acciones colectivas, al tratarse de materias de las que no cabe disponer libremente.

IV. Delimitación temporal

En relación a la vigencia temporal del arbitraje de consumo, no se plantean problemas si el convenio arbitral se concluye por el cauce previsto en el art. 9 RDAC, esto es, por solicitud de arbitraje realizada por el consumidor seguida de la aceptación del empresario. Las dificultades surgen cuando el empresario emite una oferta pública de sometimiento a arbitraje.

A. Eficacia temporal de la oferta pública de sometimiento a arbitraje.

Según el art. 2.2.d) RDAC, la oferta pública de sometimiento a arbitraje deberá contener el plazo de validez de la oferta. Si no consta, la

oferta se entenderá realizada por tiempo indefinido. Pero se haya emitido la oferta con plazo o sin él, el empresario puede en cualquier momento revocarla (el art. 7.3 RDAC utiliza el término “renuncia”, aunque parece más adecuado el de “revocación”). Son éstas las únicas menciones que sobre el particular contiene la normativa vigente.

Si existe oferta pública, el convenio arbitral se formaliza con la presentación por el consumidor de la solicitud de arbitraje en la Junta Arbitral de Consumo (art. 6.1 RDAC). Es en ese instante cuando ambas voluntades coinciden. La hipótesis de la que se parte es la siguiente: se emite la oferta pública, después se celebra un contrato entre el empresario y el consumidor, y posteriormente éste presenta la solicitud de arbitraje, estando todavía vigente la oferta pública de sometimiento a arbitraje. Tanto el contrato como la presentación de la solicitud de arbitraje tienen lugar en momentos en los que la oferta pública produce sus efectos. Cuando así sucede, no hay problema alguno: la solicitud de arbitraje implica la formalización del convenio arbitral, y seguidamente, la iniciación del procedimiento arbitral.

Pero existen otros supuestos problemáticos. Así ocurre, en primer lugar, cuando el contrato entre empresario y consumidor se celebra antes de que aquel haya realizado su oferta pública de sometimiento a arbitraje. Si después, estando ya vigente la oferta pública, se produce una controversia jurídica, ¿se entiende formalizado el convenio arbitral cuando el consumidor presenta una solicitud de arbitraje? Advértase que cuando se celebró el contrato de consumo no existía todavía oferta pública de sometimiento. En mi opinión, la respuesta dependerá del “ámbito de la oferta” contenido en la oferta pública de sometimiento [art. 6.2.a) RDAC)]. Si el empresario no ha hecho restricciones en este punto, habrá que entender que la oferta pública comprende también las relaciones jurídicas anteriores. A esta solución se llega aplicando por analogía el art. 6.2.d) RDAC, empleando la presunción de “tiempo indefinido” retroactivamente. En cualquier caso, siempre está en la mano del empresario impedir la aplicación de la oferta a controversias nacidas de contratos celebrados con anterioridad. Como digo, le basta con establecer una limitación de este tipo al emitir la oferta pública de sometimiento.

Más complicado es, en segundo lugar, el caso en el que la relación jurídica (el contrato) nace bajo la vigencia de la oferta pública de sometimiento a arbitraje, pero la controversia jurídica se plantea después de vencida la oferta pública. En términos estrictos, la presentación de la solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral no puede suponer la formalización del convenio arbitral, pues ya no hay oferta de arbitraje que pueda ser aceptada por el consumidor. La revocación de la oferta pública implica la extinción de la oferta, por lo que una posterior solicitud de arbitraje planteada por el consumidor no provoca automáticamente la perfección del convenio arbitral.

No hay que desconocer, sin embargo, que la sumisión al sistema arbitral pudo haber llevado al consumidor a contratar con ese empresario. Por eso, parece razonable entender que a pesar de la revocación de la oferta, el consumidor podrá someter a arbitraje de consumo las futuras controversias que surjan de ese contrato. La oferta pública de sometimiento habría de considerarse como una cláusula más del contrato principal. El empresario hace una oferta de contrato, acompañada de una oferta de arbitraje. La aceptación en esos términos de la oferta de contrato comporta también la aceptación en todos sus términos de la oferta de arbitraje. En consecuencia, habrá convenio arbitral cuando el consumidor presente posteriormente una solicitud de arbitraje, aunque antes de eso ya haya sido revocada por el empresario la oferta pública de sometimiento. En conclusión, la competencia temporal del sistema arbitral de consumo se determina por el hecho de que el contrato de consumo haya tenido lugar durante el tiempo de validez de la oferta pública, aunque ésta haya sido revocada antes de que haya nacido la controversia jurídica o de que el consumidor haya presentado su correspondiente reclamación.

Otra situación distinta se produce cuando el empresario revoca la oferta pública de sometimiento, pero aún así continúa haciendo uso del distintivo oficial. En tal caso hay que entender que la oferta pública sigue estando vigente.

B. Declaración de concurso y arbitraje de consumo.

La declaración del concurso del empresario va a afectar, como no podía ser de otro modo, a la posibilidad de acudir al arbitraje de consumo

o al procedimiento arbitral que ya se esté tramitando. Los efectos del concurso sobre el arbitraje de consumo encuentran su regulación en el art. 52 y en la Disposición Final 31ª de la Ley Concursal. Según el primero de ellos, los convenios concursales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, mientras que los procedimientos arbitrales que ya se estén tramitando continuarán hasta la firmeza del laudo. Por su parte, la DF 31ª LC añade un nuevo apartado 4 al art. 31 LCU, con el siguiente texto: "Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo".

Para analizar los efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo, se hace preciso distinguir dos hipótesis, en función de que se haya iniciado o no el procedimiento arbitral. Si no se ha iniciado, el concurso del empresario provoca que queden sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo (art. 31.4 LCU). Se exige que en el momento de la declaración de concurso no haya comenzado el procedimiento arbitral. El momento de la declaración de concurso es aquel en el que el juez del concurso dicta el auto de declaración de concurso. Por su parte, el inicio del procedimiento arbitral de consumo tiene lugar con la designación de los miembros del Colegio Arbitral (art. 10 RDAC); criterio este que se aplica con preferencia al establecido en el art. 27 de la Ley de Arbitraje.

El efecto previsto es que los convenios arbitrales celebrados quedarán "sin efecto" (arts. 52 LC y 31.4 LCU). Ya se haya celebrado por inclusión de cláusula contractual en el propio contrato de consumo, o pactado en contrato aparte, o por el cauce del art. 9 RDAC (aceptación del empresario de la solicitud de arbitraje del consumidor), el convenio arbitral quedará sin efecto. No se trata de un caso de invalidez, ni de nulidad, sino que se produce una suspensión de los efectos del convenio. El convenio arbitral sigue siendo válido, pero se suspenden sus efectos hasta que conclu-

ya la tramitación del procedimiento concursal. Pero la ineficacia se predica igualmente en el art. 31.4 LCU de las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje. También quedarán sin efecto tras la declaración de concurso del empresario que hizo la oferta pública. En esta hipótesis, la ineficacia no supone la suspensión de los efectos de la oferta pública, sino su extinción. En efecto, dispone el art. 31.4 LCU que el deudor concursado (el empresario) queda “excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo”. Eso significa que la declaración de concurso del empresario supone la extinción de la oferta pública. Una vez terminado el procedimiento concursal, el empresario podrá de nuevo emitir una oferta pública de sometimiento (pero no hacer renacer aquella anterior, que ya se extinguió definitivamente). Queda por determinar en qué momento se produce la ineficacia de los convenios arbitrales y de la oferta pública de sometimiento a arbitraje. Según el art. 52 LC, hay que tomar en consideración el auto de declaración de concurso. Sin embargo, el art. 41.4 LCU contiene una norma específica: cuando el auto de declaración de concurso sea notificado al órgano a través del cual se haya formalizado el convenio (a esa Junta Arbitral) y a la Junta Arbitral Nacional. Por lo tanto, a ese momento habrá de estarse.

Lo dicho hasta aquí vale cuando el auto de declaración de concurso es anterior al inicio del procedimiento arbitral. En cambio, si declarado el concurso ya se está tramitando el procedimiento arbitral, este continuará su tramitación, hasta la firmeza del laudo (art. 52.2 LC). Los laudos firmes vinculan al juez del concurso, quien les dará el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1 LC).

NOTA: El texto recoge la conferencia impartida el 4 de noviembre de 2004 en Zaragoza, en el *Curso sobre mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, organizado por la Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón.

LA LEGITIMACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
(Análisis de las legislaciones laborales de México y España)

Jesús Rodríguez Cebreros
Licenciado en Derecho
Universidad Autónoma de Baja California (México)

ÍNDICE

- 1. – Antecedentes históricos de la negociación colectiva.**
 - 1.1. El contrato colectivo de trabajo mexicano.
 - 1.2. El convenio colectivo español.
- 2. – La contratación colectiva en México.**
- 3. - La legitimación en la contratación colectiva mexicana.**
- 4. - La negociación colectiva en España.**
- 5. - La legitimación en la negociación colectiva española.**
- 6. - Conclusiones.**
- VII.- Bibliografía.**

INTRODUCCIÓN

Existe una corriente globalizadora a nivel mundial que se materializa en todos los ámbitos de la vida del hombre, y de la cual por supuesto no puede escapar el derecho. Diversos países, principalmente los europeos, han alcanzado una gran evolución en este apartado, adaptándose a las nuevas circunstancias globales, otros, como los latinoamericanos, se ocupan de manera incipiente en verificar la forma en que necesariamente deberán incorporarse a esa corriente, de estos uno de los más cautelosos lo es sin lugar a duda el país del que soy originario (México).

Uno de los apartados en los que es más perceptible la postura renuente de México para incorporación al mundo globalizado lo es sin duda la materia laboral, lo que ha ocasionado que desde el exterior se visualice nuestro derecho del trabajo como un conjunto de instituciones clásicas y románticas, ajenas en consecuencia a los mecanismos de regulación laboral recomendados por los organismos internacionales, principalmente el Banco Mundial y la Organización Internacional del Trabajo, e imperantes a nivel global. Más aún, dentro de la materia laboral uno de los temas más controvertidos lo es el relacionado con la contratación colectiva y la legitimación relacionada con la misma. El presente trabajo de investigación tiene por objeto realizar un estudio comparativo de los términos en que está regulada la legitimación en la contratación colectiva en los ordenamientos laborales mexicano y español, motivado esto por el carácter visionario del ordenamiento español y nuestro deseo de que en un futuro cercano nuestro derecho laboral logre la evolución que tanto deseamos.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1.1- El contrato colectivo de trabajo mexicano.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo mexicano, los antecedentes de la contratación colectiva no pueden remontarse muy atrás en el tiempo, y necesariamente deberá tener como antecedente la tendencia a la asociación obrera, figura previa que estuvo prohibida desde la vigencia de la *Ley Chapelier*, por ello resulta claro que el mundo jurídico no conoció el Contrato Colectivo sino hasta ya entrada la segunda mitad del siglo XIX.

El primer contrato colectivo de Trabajo que se conoce data de 1862, y se dio en Inglaterra para los tejedores de lana. Sin embargo, la primera ley que lo legisló fue el Código Civil Holandés del primero de febrero de 1909, aunque una idea más actual la encontramos en el Código Suizo de la Obligaciones. Inglaterra, Francia, Alemania y Bélgica fueron los primeros países que utilizaron el contrato colectivo como una nueva figura de contratación entre trabajadores y patrones, pero en un principio constituía derecho consuetudinario. Todavía no se le daba una presentación

codificada por dos razones; porque aún no había legislación de trabajo y porque el derecho civil en donde se encuadraría años más tarde, al no encontrar doctrinas justificantes y de sustento, lo quería interpretar según la doctrina individualista del contrato civil. Gracias a la presión de la clase trabajadora y en el transcurso de unos años, los trabajadores lograron codificaciones laborales con el pleno reconocimiento de la autonomía colectiva, lo que equivalía al ordenamiento jurídico que otorga a las organizaciones profesionales un conjunto de poderes y facultades para la tutela del interés colectivo de los grupos que representan. La autonomía colectiva reconocida a los sindicatos se concentraba en cuatro poderes básicos: a) Auto organización, b) Fijación de condiciones de trabajo (Negociación colectiva), c) Autotutela, y d) Representación de interés.¹

Afirma De la Cueva que el derecho civil del siglo XIX no toleraba ninguna fisura en sus principios, la Ley y el contrato eran las únicas fuentes de obligaciones. Que en la etapa anterior a 1884 la doctrina europea se escindió en dos grupos, por un lado la escuela alemana que permitía la celebración de contratos colectivos y por la otra la doctrina francesa y belga para las cuales los contratos colectivos eran un imposible jurídico. Los avances doctrinales después de 1884 permitieron que el contrato colectivo de trabajo nazca en el derecho privado; concretamente, el código civil holandés del primero de febrero de 1909 lo reconoce y reglamenta; posteriormente lo hace el código federal suizo de las obligaciones.²

De Buen establece que la etapa que transcurre entre 1917 y 1934, sienta las bases institucionales del nuevo régimen y perfila las características del Estado Mexicano. A Cárdenas le corresponde enarbolar la bandera de la reforma agraria efectiva y del obrerismo político. El *desarrollismo*, esto es, la vía hacia el capitalismo, se inicia al ascender Ávila Camacho a la presidencia de la República y culmina con la terminación del periodo de Díaz Ordaz. Ahora bien: Desde el punto de vista laboral y aunque a algunos les parezca contradictorio, la vía hacia el capitalismo esta montada en tres instituciones clave: El sindicalismo, el derecho de huelga y el contrato colectivo de trabajo.³

En el mismo sentido que el maestro Bermúdez Cisneros, el Dr. Néstor de Buen comenta que el origen de los pactos o convenio es forzo-

so referirlo a época histórica bien reciente. Se sitúa en el siglo XIX y es en cierto modo una consecuencia de la propia lucha planteada en el terreno jurídico-laboral y de manera más genérica en el campo social entre el elemento patronal de una parte, y las organizaciones profesionales obreras de otra.⁴

La doctrina laboral mexicana hace referencia a diversos instrumentos como antecedente importante de la contratación colectiva, entre otros los siguientes:

De la Cueva recuerda que en razón de no estar prohibidas las libertades de coalición y de asociación profesional, su celebración siempre fue lícita. Menciona además como antecedentes a los reglamentos de trabajo de los cuales el más conocido fue el Reglamento para las Fábricas de Hilados y Tejidos de Algodón de Puebla, de 20 de noviembre de 1906, que motivó el laudo presidencial contrario a los intereses de los trabajadores y que a su vez originó el conflicto de Río Blanco, Veracruz.⁵

El proceso de la revolución trajo consigo una proliferación de leyes sociales y de proyectos. De estos, el presentado por Rafael Zubarán Capmany a Venustiano Carranza, el 12 de abril de 1915 es tal vez el más importante, ya que contiene todo un capítulo, el sexto, dedicado precisamente al contrato colectivo de trabajo (Artículo 63 al 79). La Ley de Asociaciones Profesionales de Agustín Millán para el estado de Veracruz de 14 de diciembre de 1915, indirectamente sanciona el derecho de los sindicatos para celebrar convenios destinados a la regularización de los salarios, horas y condiciones de trabajo, al ordenar la imposición de multas a los patrones que se nieguen a otorgarlos. A su vez, en la Ley del Trabajo de Salvador Alvarado, para el estado de Yucatán, de 15 de diciembre de 1915, se regula la celebración de convenios industriales, señalando que son las que ligan a una unión o federación de trabajadores con sus patronos organizados o no y solo podrán celebrarse por tiempo fijo o para una obra determinada.

Otros antecedentes nacionales se encuentra en la Ley Sobre Asociaciones Profesionales de Cándido Aguilar, de 08 de febrero de 1916 para el estado de Veracruz, Cuyo artículo noveno repite la disposición de

la Ley de Agustín Millán y en la Ley del Trabajo de Gustavo Espinosa Mireles para el estado de Coahuila, de 27 de octubre de 1915, cuyo capítulo sexto se destina al contrato colectivo de trabajo y que sustancialmente repite el proyecto de Rafael Zubarán Capmany. En el artículo 123 Constitucional, en su texto original, no se mencionó expresamente a los contratos colectivos de trabajo, si bien podrían entenderse referidos en el proemio que señala que las leyes sobre el trabajo que expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo.⁶

Así las cosas, el artículo 42 de la abrogada Ley Federal del Trabajo de 1931 establecía que:

Artículo 42. Contrato colectivo de trabajo es todo convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos patronales, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo.

Ya en la Ley Federal del Trabajo vigente (LFT), reglamentaria del artículo 123 Constitucional, el contrato colectivo de trabajo adquiere trascendente relevancia al ser considerado como una de las instituciones más importantes del derecho colectivo del trabajo mexicano; señalando en su artículo 386 que:

Artículo 386. Contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos.

Otro aspecto importante relacionado con los antecedentes de la contratación colectiva en México, lo constituye la propia denominación de la institución, a esto se refieren dos de los mas grandes estudiosos del derecho laboral en nuestro país, Mario de la Cueva y Néstor de Buen Lozano.

El primero de ellos, haciendo referencia a la *exposición de motivos* de la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1970 de señala que “Únicamente aquellos que sostienen que el derecho del trabajo es todavía un capítulo del derecho civil, pueden aceptar la legitimación de la terminología tradicional. Sin embargo, el cambio encontró una oposición cerrada, por lo que se resolvió conservar la palabra pero dejó constancia de su pensamiento en la *exposición de motivos*. Al redactar el proyecto se analizó la conveniencia de cambiar el término contrato colectivo de trabajo con el de *convencción colectiva de trabajo*, pero se llegó a la conclusión de que era preferible conservar la primera denominación por estar generalizada en la Ley, en la jurisprudencia, en la doctrina y entre los trabajadores y patrones. Se consideró, además, que la denominación no afecta la naturaleza de la institución.”⁷

En el mismo tenor, De Buen Lozano señala que “La expresión *contrato colectivo de trabajo* es sin duda desafortunada; nadie piensa hoy en día que ese instrumento pueda tener naturaleza contractual, sin embargo el legislador ha preferido conservar el término solo porque tiene cierto prestigio en la práctica nacional. En la *exposición de motivos* de la LFT de 1970 se dice precisamente que al redactar el proyecto se analizó la conveniencia de cambiar el término contrato colectivo de trabajo con el de *convencción colectiva de trabajo*, pero se llegó a la conclusión de que era preferible conservar la primera denominación por estar generalizada en la Ley, en la jurisprudencia, en la doctrina y entre los trabajadores y patrones. Se consideró, además, que la denominación no afecta la naturaleza de la institución.”⁸

1.2. El convenio colectivo español.

La intervención del Estado en las relaciones de trabajo a través de una normativa protectora de los trabajadores, que llega a ser considerada en la época como verdadera locura legislativa, se inicia propiamente en España en 1873, durante la Primera República, con la regulación por ley del trabajo de los menores. Tal es ciertamente, la Ley de 24 de Julio de 1873, sobre regulación de trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos, habitualmente conocida por su origen como Ley Benot, al haber sido el entonces Ministro de

Fomento Eduardo Benot el artífice del correspondiente proyecto legislativo, remitido a las Cortes Constituyentes de la República. En esta ley, expresión principal de las realizaciones del programa reformista republicano, la primera disposición protectora de rango superior, al propio tiempo que la verdadera llave maestra de la historia española de la legislación obrera y, con ella, del Derecho del Trabajo Español.

Las bases para la creación de un Derecho Obrero en España, como cuerpo normativo unitario dotado de coherencia interna, comienzan a ponerse propiamente durante las primeras décadas de la Restauración Monárquica, que se abre históricamente en los postreros días de 1874 con la proclamación del Borbón Alfonso XII como Rey tras el pronunciamiento del general Martínez Campos en Sagunto, poniéndose fin así al sexenio democrático precedente.

De la excepcional progresión histórica de la legislación obrera durante las primeras décadas del siglo XX da cuenta sobrada, desde luego. El siguiente dato: Tan solo a lo largo del periodo de diez años comprendido entre 1900 y 1910, se promulgan en España nada menos que 531 disposiciones de carácter social y laboral, esta profusión normativa no hará sino multiplicarse durante los años sucesivos, abarcando los diferentes ámbitos institucionales de las relaciones de trabajo.

Si, como se ha señalado, a partir de 1900 se produce con profusión la legislación protectora de las clases trabajadoras, no puede decirse propiamente, sin embargo, que los primeros años del siglo se hubiese consolidado ya un Derecho Obrero como conjunto sistemático de normas y principios sobre un núcleo unitario de imputación. Ello solo va a ser posible, a partir de los años veinte, mediante la concurrencia de factores ya conocidos como el desarrollo acelerado de la propia legislación obrera, el reforzamiento del intervencionismo orgánico de los poderes públicos en las relaciones laborales, la internacionalización de la legislación sobre el trabajo, y de modo señalado, la construcción dogmática jurídico-laboral. Dentro de este proceso sobresalen, por cierto, dos acontecimientos de suma importancia; la promulgación del primer código o recopilación oficial de leyes de trabajo y la regulación diferenciada del contrato de trabajo al margen del tipo histórico del arrendamiento de servicios. Ello se produce, ciertamente, durante el periodo histórico de la Dictadura (1923-1930) con

el que el general Primo de Rivera pretendió sin conseguirlo la regeneración económica y social de España como consecuencia de la descomposición del sistema institucional de la Restauración y de la depresión subsiguiente a la primera guerra mundial.

La bases para el tránsito histórico en España de un Derecho Obrero a un Derecho del Trabajo moderno y autosuficiente normativamente, se asientan realmente a partir de la ingente aportación legislativa de la Segunda República y, de modo singular, de la obra reformadora acometida por la conjunción Republicano-Socialista durante el denominado Bienio Reformista (1931-1933), primero de los ocho años de duración del régimen republicano.

Por lo pronto, la constitución de la República Española, de 09 de diciembre de 1931, iniciaba en la historia del ordenamiento jurídico lo que habría de ser una aportación trascendental al proceso de consolidación histórica del Derecho del Trabajo español, no otra que la constitucionalización de los derechos laborales, al ser la primera vez en que los derechos derivados de las relaciones de trabajo accedían aun texto constitucional, frente a la dimensión puramente individualista del constitucionalismo decimonónico.

Por otra parte, la obra legislativa republicana en materia laboral resulta sorprendente por su cantidad y calidad. Normas jurídicas de extraordinaria perfección técnica afrontaron la candente problemática laboral del momento sobre la base de una regulación en gran parte novedosa. Es el caso sobre todo, de la Ley Reguladora del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, que recogía, junto a las experiencias europeas más avanzadas, los proyectos normativos elaborados por el Instituto de Reformas Sociales desde comienzos de siglo apartándose de modo sustancial de la normativa que el Código de Trabajo había dedicado al tema.

Durante la Guerra Civil (1936-1939), desencadenada como consecuencia del alzamiento militar sobrevenido el 17 de julio de 1936 y que habría de conducir a la desaparición del régimen republicano, la legislación laboral participaría naturalmente de las características de excepcionalidad y acomodación exigidas por la coyuntura bélica. La guerra no solo habría de alterar el contenido de las normas, sino también su propio sistema pro-

ductor. Así. El decreto de 07 agosto de 1936 suspendía las sesiones de Cortes de la legislatura en curso, siendo convalidadas más tarde numerosas normas aprobadas por Decreto a lo largo de los años precedentes.

El nuevo régimen político surgido a raíz de la victoria en la guerra civil de la fuerzas que llevaron a cabo en 1936 la sublevación militar contra la República, adquiere su propia cohesión de base en el periodo bélico: El Fuero del Trabajo, que habría de ser declarado con posterioridad Ley Fundamental de la Nación, asienta ya en 1938 el programa económico y social, expresivo también de los principios inspiradores de la ordenación del trabajo, del futuro sistema político.

El modelo franquista de relaciones de trabajo, autoritario y heteroconfigurado, poseía una fundamentación ideológica sustancial articulada a través de la doble formulación, positiva y negativa, de una misma noción: Una concepción armonizadora y comunitaria de las relaciones entre el capital y el trabajo y, derivadamente, una valoración negativa del conflicto social. Los intereses contrapuestos que las partes de la relación laboral ostentan en la producción de bienes y servicios son así reducidos a un cuadro común de propósitos, sobre el que descansa la concepción comunitaria de la empresa. Al propio tiempo, el conflicto se reputa elemento perturbador de la armonía social, una desviación patológica de las relaciones sociales.

El sistema se completa con las siguientes nociones derivadas: 1.- El monopolio del Estado en la producción normativa en materia laboral. 2. - La supresión de la libertad sindical y del sindicalismo de clase. Las instituciones propias del Derecho Colectivo del Trabajo vigentes en periodos anteriores serán sustituidas por un sistema de sindicación obligatoria a través de una organización unitaria y mixta, que integra obligadamente en su seno a empresarios y trabajadores, de carácter público y de colaboración con los poderes políticos (Organización Sindical Española). 3. – La supresión de las manifestaciones de la autotutela colectiva en las relaciones de trabajo. La declaración XI.2 del Fuero del Trabajo, que consideraba delitos de *lesa patria* los actos individuales o colectivos que de algún modo turbaran la normalidad de la producción o atentaran contra ella, sería llevada a la tipificación penal de delito de sedición por el código de 1944 para las huelgas de los obreros, aún cuando el delito pasase a ser de intensión, con la consiguiente reducción de su ámbito objetivo, en la reforma legal de 1965.

El día 20 de noviembre de 1975, en que fallece el general Franco y desaparece con él un régimen político de concentración personal de poder, abre las puertas en la historia española a la Monarquía de Juan Carlos I y a un nuevo proceso constituyente democrático. La opción entre continuismo, reformismo y ruptura, cuyos términos barajaba de modo alternativo la sociedad como eventual salida de la situación, se habría de resolver decididamente a favor de la transformación del orden institucional a partir de la propia letra del mismo. Un proceso de cambio democrático, llámese reforma constitucional, ruptura pactada o síntesis entre ruptura y reforma, que habría de discurrir, ciertamente, a través de una triple fase o etapa. Una primera, se extiende desde la muerte de Franco hasta la promulgación de la Ley para la Reforma Política de 04 de enero de 1977, última ley fundamental del Estado franquista cuyo proyecto aprobaban, no sin tensiones agónicas, las Cortes orgánicas del régimen y ratificaba el voto popular en referéndum. Esta ley asentaba las bases normativas de partida para la transformación política, proclamando la supremacía de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo y el reconocimiento a la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, al tiempo que sancionaba un sistema parlamentario bicameral elegido por sufragio universal directo y secreto de los españoles mayores de edad y anunciaba la regulación por el Gobierno de las primeras elecciones a Cortes. El segundo periodo de la transición enlaza la promulgación de la Ley para la Reforma Política con la celebración de dichas elecciones legislativas generales de 15 de junio de 1977, semestre cargado de inquietantes tensiones desestabilizadoras que transcurre con la preparación de estas primeras elecciones democráticas tras 40 años de régimen político autoritario, a las que por o demás, concurrieron ya legisladas las principales fuerzas políticas de la izquierda. Y desde la celebración de estas elecciones hasta la promulgación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 se extiende, en fin, el tercer periodo que se caracteriza principalmente por el proceso de elaboración parlamentaria del texto constitucional.

El derecho del trabajo contiene así pues, un triple centro de imputación normativa u objeto básico de regulación: 1. – La relación individual de trabajo que se establece, a partir del intercambio de trabajo por salario, entre un trabajador y un empresario. 2. – Las relaciones colectivas que establecen, entre sindicatos u órganos de representación unitaria de los

trabajadores en los centros de trabajo, de una parte, y asociaciones de empresarios, empresarios individuales o Administraciones Públicas, de otra, para la representación y la defensa de los intereses respectivos de los sujetos de la relación individual de trabajo. 3. - Las relaciones de intervención de los poderes públicos en las relaciones de trabajo, individuales y colectivas, a propósito del empleo, la protección y la seguridad sociales, la Administración y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Jurisdicción laboral.⁹

9. - PALOMEQUE López, Maule Carlos. Derecho del Trabajo. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, España 2002. Décima Edición. Pp.81- 117

2. LA CONTRATACIÓN COLECTIVA EN MÉXICO:

La contratación colectiva en México se materializa a través de dos diferentes instituciones, el *contrato colectivo de trabajo* y el *contrato ley*. A continuación nos ocuparemos del análisis de cada uno de ellos.

Tal y como se menciona en apartados precedentes, el contrato colectivo de trabajo en México constituye una de las instituciones pilares del sistema de derecho colectivo del trabajo, y como tal posee una extensa reglamentación en la Ley Federal del Trabajo la cual parte del concepto mismo al señalar en su artículo 386 que "*Contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos*".

Los elementos formales fijados por la LFT establecen que el contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse por escrito, bajo pena de nulidad. Se hará por triplicado, entregándose un ejemplar a cada una de las partes y se depositará el otro tanto en la Junta de Conciliación y Arbitraje o en la Junta Federal o Local de Conciliación, la que después de anotar la fecha y hora de presentación del documento lo remitirá a la Junta Federal o Local de Conciliación y Arbitraje. (Art. 390)

En cuanto a la eficacia de la contratación colectiva frente a terceros se establece que el mismo surtirá efectos desde la fecha y hora de

presentación del documento, salvo que las partes hubiesen convenido en una fecha distinta.

El contrato colectivo tendrá contenido específico, en tal virtud deberá incluir: I. Los nombres y domicilios de los contratantes; II. Las empresas y establecimientos que abarque; III. Su duración o la expresión de ser por tiempo indeterminado o para obra determinada; IV. Las jornadas de trabajo; V. Los días de descanso y vacaciones; VI. El monto de los salarios; VII. Las cláusulas relativas a la capacitación o adiestramiento de los trabajadores en la empresa o establecimientos que comprenda; VIII. Disposiciones sobre la capacitación o adiestramiento inicial que se deba impartir a quienes vayan a ingresar a laborar a la empresa o establecimiento; IX. Las bases sobre la integración y funcionamiento de las Comisiones que deban integrarse de acuerdo con esta Ley; y, Las demás estipulaciones que convengan las partes. (Art. 391)

Por cuanto al respeto del principio de derechos mínimos garantizados por la LFT, su artículo 394 prohíbe que contrato colectivo se concrete en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes en la empresa o establecimiento.

El artículo 395 instrumenta la polémica *Cláusula de Exclusión*, al mencionar que en el contrato colectivo podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. Esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en su favor, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la cláusula de exclusión. Agregando que también podrá establecerse que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante.

El principio de *Efectos Universales* del contrato colectivo de trabajo se incorpora al artículo 396, indicando que las estipulaciones del contrato colectivo se extienden a todas las personas que trabajen en la empresa o establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato que lo haya

celebrado, con la limitación consignada en el artículo 184, relacionado con la exclusión expresa de los trabajadores de confianza respecto de la aplicabilidad del mismo.

El contrato colectivo de trabajo termina: I. Por mutuo consentimiento; II. Por terminación de la obra; y III. En los casos del capítulo VIII de este Título, por cierre de la empresa o establecimiento, siempre que en este último caso, el contrato colectivo se aplique exclusivamente en el establecimiento. (Art. 401)

Si firmado un contrato colectivo, un patrón se separa del sindicato que lo celebró, el contrato regirá, no obstante, las relaciones de aquel patrón con el sindicato o sindicatos de sus trabajadores. En los casos de disolución del sindicato de trabajadores titular del contrato colectivo o de terminación de éste, las condiciones de trabajo continuarán vigentes en la empresa o establecimiento. (Art. 402 y 403)

En México, la doctrina se ocupa exhaustivamente del análisis de los términos en que esta reglamentado el contrato colectivo de trabajo, así se establece que tomando en consideración la definición legal, que menciona que es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con el objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos; no todos los patrones estarán obligados a celebrar contratos colectivos, y solo deberán hacerlo los titulares de empresas o establecimientos, relacionando así la posibilidad de la celebración con el carácter mercantil o de especulación comercial del giro del patrón.

Se aborda el tema relacionado con la denominación de la institución, indicándose que la expresión "Contrato Colectivo" es incorrecta, ya que en esencia no se trata de un contrato que implica un acuerdo de voluntades, esto en virtud de que el patrón acude en forma forzada a la celebración del mismo (Art. 387); tampoco es colectivo, ya que si bien es cierto los trabajadores actúan colectivamente, en el caso del patrón esto no es indispensable.

Según lo dispuesto por el artículo 2º de la LFT, las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones, ese equilibrio se puede alcanzar de dos maneras: a) Por la acción del estado en el orden legislativo, jurisdiccional y administrativo; b) Como resultado del juego de fuerzas sociales, a través de los mecanismos legales. Respecto de esta segunda vertiente, el contrato colectivo de trabajo juega un papel sumamente importante a través de su función equilibradora, que consiste en la búsqueda constante por adaptar las condiciones colectivas de trabajo a las circunstancias cambiantes de la capacidad económica de la empresa o establecimiento, para ello, además de los mecanismos para su celebración, la normatividad prevé dos diversas formas de revisión, la primera con una periodicidad bianual relacionada con el contenido total del contrato colectivo, y la segunda anual, relativa a los tabuladores de salarios incluidos en el contrato.

Pasando a la segunda institución objeto de análisis, el artículo 404 de la LFT establece que *contrato ley* es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades, o en todo el territorio nacional.

Se trata de un contrato de industria cuyo objeto principal es uniformar las condiciones de trabajo aplicables en la circunscripción territorio en que se declare obligatorio.

Los contratos-ley pueden celebrarse para industrias de jurisdicción federal o local. (Art. 405 LFT)

El contrato-ley contendrá: I. Los nombres y domicilios de los sindicatos de trabajadores y de los patrones que concurren a la convención; II. La Entidad o Entidades Federativas, la zona o zonas que abarque o la expresión de regir en todo el territorio nacional; III. Su duración, que no podrá exceder de dos años; IV. Las condiciones de trabajo señaladas en el artículo 391, fracciones IV, V, VI y IX; V. Las reglas conforme a las cua-

les se formularán los planes y programas para la implantación de la capacitación y el adiestramiento en la rama de la industria de que se trate; y, VI. Las demás estipulaciones que convengan las partes. (Art. 412 LFT)

El contrato-ley producirá efectos a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, o en el periódico oficial de la Entidad Federativa, salvo que la convención señale una fecha distinta. (Art. 416 LFT)

El contrato-ley se aplicará, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en el contrato colectivo que la empresa tenga celebrado, salvo en aquellos puntos en que estas estipulaciones sean más favorables al trabajador. (Art. 417 LFT)

En cada empresa, la administración del contrato-ley corresponderá al sindicato que represente dentro de ella el mayor número de trabajadores. La pérdida de la mayoría declarada por la Junta de Conciliación y Arbitraje produce la de la administración. (Art. 418 LFT)

En la revisión del contrato-ley se observarán las normas siguientes: I. Podrán solicitar la revisión los sindicatos de trabajadores o los patrones que representen las mayorías señaladas en el artículo 406; II. La solicitud se presentará a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al Gobernador del Estado o Territorio o al Jefe del Departamento del Distrito Federal, noventa días antes del vencimiento del contrato-ley, por lo menos; III. La autoridad que reciba la solicitud, después de verificar el requisito de mayoría, convocará a los sindicatos de trabajadores y a los patrones afectados a una convención, que se regirá por lo dispuesto en el artículo 411; y IV. Si los sindicatos de trabajadores y los patrones llegan a un convenio, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Estado o Territorio o el Jefe del Departamento del Distrito Federal, ordenará su publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el periódico oficial de la Entidad Federativa. Las reformas surtirán efectos a partir del día de su publicación, salvo que la convención señale una fecha distinta. (Art. 419 LFT)

Los contratos-ley serán revisables cada año en lo que se refiere a los salarios en efectivo por cuota diaria. (Art. 419 bis LFT).

La solicitud de esta revisión deberá hacerse por lo menos sesenta días antes del cumplimiento de un año transcurrido desde la fecha en que surta efectos la celebración, revisión o prórroga del contrato-ley.

Si ninguna de las partes solicitó la revisión o no se ejercitó el derecho de huelga, el contrato-ley se prorrogará por un período igual al que se hubiese fijado para su duración. (Art. 420 LFT)

El contrato-ley terminará: I. Por mutuo consentimiento de las partes que representen la mayoría a que se refiere el artículo 406; y II. Si al concluir el procedimiento de revisión, los sindicatos de trabajadores y los patronos no llegan a un convenio, salvo que aquéllos ejerciten el derecho de huelga. (Art. 421 LFT)

3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN COLECTIVA MEXICANA:

De igual forma en su artículo 387 establece que el patrón que emplee trabajadores miembros de un sindicato tendrá obligación de celebrar con éste, cuando lo solicite, un contrato colectivo, dándole así carácter obligatorio a la contratación respecto del patrón y legitimando inclusive a la parte obrera para que ante la negativa patronal pueda acudir al ejercicio del derecho de huelga.

En lo relativo a la legitimación para solicitar o exigir en su caso al patrón la firma de contrato colectivo, la LFT establece que si dentro de la misma empresa existen varios sindicatos, se observarán las normas siguientes: (Art. 388)

I. Si concurren sindicatos de empresa o industriales o unos y otros, el contrato colectivo se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores dentro de la empresa;

II. Si concurren sindicatos gremiales, el contrato colectivo se celebrará con el conjunto de los sindicatos mayoritarios que representen a las profesiones, siempre que se pongan de acuerdo. En caso contrario, cada sindicato celebrará un contrato colectivo para su profesión; y

III. Si concurren sindicatos gremiales y de empresa o de industria, podrán los primeros celebrar un contrato colectivo para su profesión, siempre que el número de sus afiliados sea mayor que el de los trabajadores de la misma profesión que formen parte del sindicato de empresa o de industria.

Se establece que la pérdida de la mayoría a que se refiere el artículo anterior, declarada por la Junta de Conciliación y Arbitraje, produce la de la titularidad del contrato colectivo de trabajo (Art. 389) es decir, el requisito de representación mayoritaria es indispensable para determinar la legitimación respecto de la celebración o titularidad del contrato colectivo de trabajo.

En cuanto a su vigencia, el contrato colectivo puede celebrarse por tiempo determinado o indeterminado, o para obra determinada (Art. 397), y será revisable total o parcialmente, de conformidad con los siguientes lineamientos: I. Si se celebró por un solo sindicato de trabajadores o por un solo patrón, cualquiera de las partes podrá solicitar su revisión; II. Si se celebró por varios sindicatos de trabajadores, la revisión se hará siempre que los solicitantes representen el cincuenta y uno por ciento de la totalidad de los miembros de los sindicatos, por lo menos; y III. Si se celebró por varios patrones, la revisión se hará siempre que los solicitantes tengan el cincuenta y uno por ciento de la totalidad de los trabajadores afectados por el contrato, por lo menos. (Art. 398)

Por su parte, la revisión debe solicitarse por lo menos sesenta días antes: I. - Del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años; II. Del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor; y III. Del transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra determinada. (Art. 399)

La revisión de los tabuladores salariales deberá efectuarse en forma anual y la solicitud de esta revisión deberá hacerse por lo menos treinta días antes del cumplimiento de un año transcurrido desde la celebración, revisión o prórroga del contrato colectivo. (Art. 399 bis) Ante la eventualidad de que ninguna de las partes solicite la revisión en los térmi-

nos del artículo 399 o no se ejercitó el derecho de huelga, el contrato colectivo se prorrogará por un período igual al de su duración o continuará por tiempo indeterminado. (Art. 400)

En relación con la legitimación para celebrar y en su caso revisar el contrato colectivo de trabajo, debemos remitirnos a los lineamientos fijados al respecto por la doctrina mexicana, misma que al analizar los elementos que lo definen como un acto jurídico señala que en el contrato colectivo se encuentra los elementos esenciales, de validez y de eficacia de dichos actos, resaltándose por el tema que nos ocupa lo referente a los elementos esenciales y de validez, específicamente en lo relativo al consentimiento, capacidad y libre albedrío.

Por cuanto al primer elemento se reitera que la voluntad constituye un elemento esencial del negocio jurídico laboral, y que cuando existe un acuerdo de voluntades, aún con la relatividad que presenta en el caso del contrato colectivo de trabajo, se habla de consentimiento, y en él se deben analizar las siguientes situaciones:

Si se trata del patrón, puede ser cualquier persona física o moral titular de una empresa o establecimiento; en el caso del trabajador, necesariamente debe estar constituido en sindicato. (Art. 386), y no solamente ello, la firma debe realizarse con el sindicato mayoritario (Art. 388 I).

En cuanto al modo de expresarse el consentimiento, se reitera que en general los actos jurídicos aceptan que el consentimiento se manifieste en forma expresa, por signos inequívocos y eventualmente mediante el silencio; en el caso del contrato colectivo de trabajo existen limitaciones, ya que el consentimiento debe ser expreso y constar por escrito; es un acto formal.

Por otra parte, no obstante que debemos aceptar que el contrato colectivo de trabajo nace desde que se produce el acuerdo de voluntades y aún antes de que se transcriba, la LFT condiciona su eficacia al depósito del mismo ante la autoridad al señalar que (Art. 390) *“El contrato colectivo de trabajo surtirá efectos desde la fecha y hora de presentación del documento, salvo que las partes hubiesen convenido en una fecha distin-*

ta", por lo tanto se concluye que el depósito no es un acto esencial para la existencia del CCT pero si una condición de eficacia.

En lo relacionado con la capacidad, para la celebración del contrato colectivo de trabajo se requiere la capacidad de ejercicio. Tratándose de personas físicas que tengan el carácter de patrón, la capacidad de ejercicio estará determinada por las leyes civiles, que fijan la mayoría de edad en los 18 años. Si se trata de personas morales, se deberá estar a las disposiciones que rijan su constitución y funcionamiento, y la personalidad se acreditará basándose en lo dispuesto por el artículo 692 de la LFT.

En el caso de los sindicatos, la capacidad se manifiesta a través de los representantes sindicales, que deben tener por lo menos 16 años (Art. 372) y acreditarán su personalidad en los términos previstos por el artículo 692 fracción IV ambos de la LFT.

Por último De Buen Lozano afirma que en el caso del contrato colectivo de trabajo, no son aplicables las normas que exigen que la voluntad esté exenta de vicios para que el negocio jurídico sea válido, lo que se afirma basándose en que la libre manifestación del consentimiento no existe en el caso del patrón, ya que no tiene libertad para negarse a celebrar el contrato y es legítimo que lo haga bajo la amenaza del sindicato con acudir a la huelga, ya sea por cuanto a su firma o su revisión. Por lo tanto la "violencia" constituye un ambiente natural del contrato colectivo de trabajo, además de que el dolo y la mala fe, como instrumento para la obtención de mejores condiciones de trabajo, son compatibles con la imagen del mismo, que es resultado de la lucha de clases, siendo en este apartado por lo tanto inaplicable la teoría de las nulidades, particularmente de los llamados vicios de la voluntad.

Respecto de la celebración del contrato ley, el artículo 406 señala que "Pueden solicitar la celebración de un contrato-ley los sindicatos que representen las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados, por lo menos, de una rama de la industria en una o varias Entidades Federativas, en una o más zonas económicas, que abarque una o más de dichas Entidades o en todo el territorio nacional.

La solicitud se presentará a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, si se refiere a dos o más Entidades Federativas o a industrias de jurisdicción federal, o al Gobernador del Estado o Territorio o Jefe del Departamento del Distrito Federal, si se trata de industrias de jurisdicción local. (Art. 407 LFT)

Los solicitantes justificarán que satisfacen el requisito de mayoría mencionado en el artículo 406.

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Estado o Territorio o el Jefe del Departamento del Distrito Federal, después de verificar el requisito de mayoría, si a su juicio es oportuna y benéfica para la industria la celebración del contrato-ley, convocará a una convención a los sindicatos de trabajadores y a los patrones que puedan resultar afectados. (Art. 409 LFT)

La convocatoria se publicará en el Diario Oficial de la Federación o en el periódico oficial de la Entidad Federativa y en los periódicos o por los medios que se juzguen adecuados y señalará el lugar donde haya de celebrarse la convención y la fecha y hora de la reunión inaugural. La fecha de la reunión será señalada dentro de un plazo no menor de treinta días. (Art. 410 LFT)

La convención será presidida por el Secretario del Trabajo y Previsión Social, o por el Gobernador del Estado o Territorio o por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, o por el representante que al efecto designen.

La convención formulará su reglamento e integrará las comisiones que juzgue conveniente. (Art. 411 LFT)

El convenio deberá ser aprobado por la mayoría de los trabajadores a que se refiere el artículo 406 y por la mayoría de los patrones que tengan a su servicio la misma mayoría de trabajadores. (Art. 414 LFT)

Aprobado el convenio en los términos del párrafo anterior, el Presidente de la República o el Gobernador del Estado o Territorio, lo

publicarán en el Diario Oficial de la Federación o en el periódico oficial de la Entidad Federativa, declarándolo contrato-ley en la rama de la industria considerada, para todas las empresas o establecimientos que existan o se establezcan en el futuro en la Entidad o Entidades Federativas, en la zona o zonas que abarque o en todo el territorio nacional.

Si el contrato colectivo ha sido celebrado por una mayoría de dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados de determinada rama de la industria, en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas, o en todo el territorio nacional, podrá ser elevado a la categoría de contrato-ley, previo cumplimiento de los requisitos siguientes:

I. La solicitud deberá presentarse por los sindicatos de trabajadores o por los patrones ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Estado o Territorio o el Jefe del Departamento del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 407;

II. Los sindicatos de trabajadores y los patrones comprobarán que satisfacen el requisito de mayoría señalado en el artículo 406;

III. Los peticionarios acompañarán a su solicitud copia del contrato y señalarán la autoridad ante la que esté depositado;

IV. La autoridad que reciba la solicitud, después de verificar el requisito de mayoría, ordenará su publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el periódico oficial de la Entidad Federativa, y señalará un término no menor de quince días para que se formulen oposiciones;

V. Si no se formula oposición dentro del término señalado en la convocatoria, el Presidente de la República o el Gobernador del Estado o Territorio, declarará obligatorio el contrato-ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 414; y

VI. Si dentro del plazo señalado en la convocatoria se formula oposición, se observarán las normas siguientes:

a) Los trabajadores y los patrones dispondrán de un término de quince días para presentar por escrito sus observaciones, acompañadas de las pruebas que las justifiquen.

b) El Presidente de la República o el Gobernador del Estado o Territorio, tomando en consideración los datos del expediente, podrá declarar la obligatoriedad del contrato-ley.

De lo expuesto con antelación se colige que existen dos formas de estructuración del contrato ley: a) Mediante convención, y b) Mediante la elevación de un contrato colectivo de trabajo preexistente a la categoría de contrato ley. (Art. 415 LFT)

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA:

En España, los Títulos II y III del Estatuto de los Trabajadores (ET) regulan lo relativo a la representación colectiva y la negociación de los convenios colectivos. A nivel reglamentario el artículo 82 del ET establece que *“Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva. (Art. 82.1) Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten. (Art. 82.2)”*

Según Amparo Merino Segovia, cuando hablamos de negociación colectiva estamos haciendo referencia a un proceso formalizado de dialogo de carácter bilateral que tiene lugar entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Este proceso formalizado de dialogo por lo común va a producir como resultado un convenio colectivo. El convenio colectivo es, en consecuencia, el acuerdo formalmente alcanzado entre los representantes de los trabajadores y empresarios en el proceso de negociación colectiva, reguladora de las condiciones de trabajo y de empleo, y en general de las relaciones de los trabajadores y empresarios en el ámbito de la empresa o en ámbitos superiores.¹⁰

Para Palomeque López, la negociación colectiva es la expresión abreviada de un proceso de diálogo, acercamiento y, eventualmente acuerdo entre los trabajadores organizados y el empresario o una o varias

organizaciones de empresarios. Es una institución esencial para ordenar las relaciones entre trabajadores y empresarios, y, con tal consideración, se prima, por una parte, la regulación autónoma de las relaciones laborales, dejando a un lado toda intervención continua, omnipresente, del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo y, por otra, es el resultado de la presencia de un libre pluralismo sindical.¹¹

El derecho a la negociación colectiva está reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución Española (CE), al indicar que: “*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. . .*”; otorgando la titularidad de la negociación colectiva a los representantes de los trabajadores y empresarios. Adicionalmente, en la sentencia 58/1985, de fecha 30 de abril de 1985, el Tribunal Constitucional (TC) español fijó jurisprudencia en el sentido de considerar que “. . .La garantía constitucional de la fuerza vinculante implica la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. . .”

La normatividad laboral española nos permite establecer que los convenios colectivos se clasifican de la siguiente manera:

a) CONVENIO COLECTIVO DE EFICACIA PERSONAL LIMITADA O CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTATUTARIO.- Esta basado en la definición constitucional del artículo 37.1 de la CE, es el negociado al margen de las normas y reglas del procedimiento del Título II del ET. El TC ha dejado constancia de carácter normativo de los Convenios de Eficacia Limitada. La diferencia fundamental entre el convenio estatutario y el convenio extraestatutario hace referencia a la eficacia personal de uno y otro. El convenio estatutario Tiene atribuida una eficacia personal general *erga omnes*, lo que viene a significar que este convenio es de aplicación a todos los trabajadores y empresarios incluidos en la correspondiente unidad de negociación, estén o no afiliados a las organizaciones sindicales, y empresariales firmantes. Por su parte, el con-

venio extraestatutario goza de una eficacia personal limitada, esto es, su aplicación queda limitada a los trabajadores y empresas pertenecientes a las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del convenio, así como a las empresas y trabajadores que se adhieran a él

b) CONVENIO COLECTIVO DE EFICACIA GENERAL O CONVENIO ESTATUTARIO O *ERGA OMNES*. Diseñado y regulado por el Título II del ET. Esta provisto de eficacia normativa y personal general o *erga omnes*, obligando a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, tal y como lo establece el artículo 82.3 del ET al indicar que *“Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. La determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la comisión paritaria del convenio.”*¹²

c) CONVENIO O ACUERDO MARCO. A través de esta modalidad convencional a la que hace referencia el artículo 83.2 del ET, las organizaciones sindicales y las asociaciones profesionales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, regulan, no condiciones de trabajo, sino las condiciones de la negociación colectiva, estableciendo su estructura. De manera específica el citado artículo 83.2 del ET señala que *“Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como*

fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.”

d) ACUERDOS SOBRE MATERIAS CONCRETAS. A esta modalidad se refiere el artículo 83.3 del ET, estableciendo que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas pueden negociar acuerdos sobre materias concretas, entre otras, sobre formación profesional, clasificación profesional, jornada de trabajo, salarios, etc., tratándose en este caso de verdaderos convenios colectivos, si bien referidos a una materia específica o a aspectos singulares de la relación de trabajo y no al conjunto de la relación laboral; así el referido artículo 83.3 del ET señala que “. . . Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos. “

Según lo dispuesto por el artículo 83.1 del ET, los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, a este ámbito de aplicación se les denomina *Unidades de Negociación*.

Para Merino Segovia, se entiende por *Unidades de Negociación* el conjunto de relaciones o contratos de trabajo que las partes delimitan como ámbito para el que van a regular las condiciones de trabajo y que, una vez concertado el convenio colectivo, constituirá su centro o ámbito de aplicación normativa. 13

Las *Unidades de Negociación* resultan de la libre combinación de los criterios funcionales, territoriales y personales a seleccionar por las partes del convenio.

Respecto del **ámbito territorial**, tiene como objeto delimitar el espacio geográfico en el que el convenio colectivo va a ser aplicado, lo que se traduce en diversos ámbitos de aplicación, específicamente los siguientes:

- a) ÁMBITO LOCAL:** En el que el convenio circunscribe su cobertura a una localidad, municipio o entidad menor.
- b) ÁMBITO PROVINCIAL:** Relativo a cada una de las circunscripciones administrativas en que se divide el territorio español.
- c) ÁMBITO INTERPROVINCIAL:** En el que el convenio ajusta su aplicación a una pluralidad de circunscripciones, cuando menos a dos de ellas.
- d) ÁMBITO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA:** Se presenta cuando el convenio se extiende a cada una de las nacionalidades en que el Estado se organiza con competencias de autogobierno.
- e) ÁMBITO ESTATAL:** Cuando se relaciona con la totalidad del territorio nacional español.

En lo relativo al *ámbito funcional*, este va referido a los sectores, sector o rama de actividad económica, grupo de empresa, empresa o ámbito inferior a ésta a los que el convenio colectivo va a ser aplicado. El artículo 87 del ET diferencia entre *convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior* y *convenios supraempresariales*; los primeros comprenden los convenios de ámbito de empresa, entendida esta como una organización productiva de trabajo y capital orientada hacia el mercado con una estructura simple o compleja; junto a estos también se integran los *convenios de centro de trabajo, departamento, sección o grupo de trabajadores*; el ámbito funcional del convenio puede hacer referencia a una categoría o grupo profesional específico de trabajadores, y se les ha demonizado *convenios colectivo franja*. Los *convenios supraempresariales* se refieren a una rama o sector empresarial de actividad económica, comprenden los *convenios colectivos de sector de actividad, subsector* y los *convenios colectivos intersectoriales*.

Respecto del *ámbito personal*, se relaciona con las clases, grupos o categorías de trabajadores a los que el convenio se aplica o en su caso no se le aplica. No alude a la eficacia personal del convenio, sino a la posibilidad de que puedan incluirse o excluirse dentro de su ámbito de aplicación a determinadas categorías de trabajadores, siempre que los criterios de selección no tengan carácter discriminatorio.

El artículo 83.1 parte del principio de libertad en la determinación de la unidad de negociación del convenio colectivo, al establecer que

“Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden. . .” Este principio no es absoluto, ya que se encuentra limitado por la capacidad convencional de las partes negociadoras ya que no pueden negociar fuera de su ámbito territorial y funcional; además de que deben someterse a las reglas que sobre legitimación establece el artículo 87 del ET.

Por su parte, el artículo 84 del ET prohíbe la concurrencia conflictiva de convenios colectivos, limitando así la libertad para seleccionar el ámbito de aplicación del convenio, no pudiendo las partes adoptar por una unidad de negociación que ya se encuentre afectada por un convenio colectivo en vigor de distinto ámbito.

Otra limitación se desprende del artículo 83.2 del ET relacionado con los *acuerdos marco*, en los que se puede establecer una determinada estructura de negociación.

También la jurisprudencia ha establecido limitaciones a la libre determinación de la unidad de negociación, al exigir que se trate de unidades adecuadas a las características y necesidades de quienes las constituyen.

También las reglas de concurrencia establecidas por el artículo 84 al indicar que “*Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario. . .*” constituye una limitante a la libre determinación del ámbito de aplicación del convenio.

Por otra parte, la normatividad de la materia permite que los convenios colectivos puedan ampliar su ámbito de aplicación, a través de la **adhesión** y la **extensión**; al respecto el artículo 92.1 del ET señala que “*En las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro.*”; y que “*El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabaja-*

dores siempre que exista especial dificultad para la negociación, o se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado. Para ello será preciso el previo informe de una comisión paritaria formada por representantes de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de aplicación.”.

La **adhesión** es un producto de la autonomía colectiva que permite que el contenido de un convenio colectivo (Unidad Adherida) se aplique a una unidad de negociación (Unidad Adherente) en virtud de un acuerdo colectivo (Acuerdo de Adhesión), el cual es una modalidad singular del convenio colectivo estatutario que asume como propio el contenido de otro convenio colectivo preexistente.¹⁴

Por su parte Palomeque López señala que los acuerdos de adhesión constituyen un procedimiento que el ET permite a las partes para la ampliación de los ámbitos de un convenio colectivo vigente de eficacia general, agregando que los legitimados para negociar el convenio estatutario podrán, por mutuo acuerdo decidir adherirse a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuviera afectado por otro; y que por su puesto, el acuerdo de adhesión tiene valor, es una forma o modalidad de convenio colectivo y, como tal, ha de ser comunicado a la autoridad laboral a efectos de registro.¹⁵

Por su parte la **extensión** es un mecanismo de intervención administrativa en la regulación sectorial de las condiciones de trabajo, el acto es acordado por la autoridad pública competente en función del ámbito en que opere la extensión. El acto administrativo de adhesión debe ser motivado y tiene carácter excepcional al tratarse de una técnica de intervención administrativa en el ámbito propio de la autonomía colectiva. La decisión de extensión se adoptará siempre a instancia de parte y a través de la tramitación del procedimiento reglamentariamente establecido.¹⁶

La **extensión** significa una intervención de la Administración Pública en el ámbito de la autonomía colectiva, no se trata del ejercicio de una excepcional potestad reglamentaria, sino que la actividad administrativa consiste en la decisión que se toma, luego de constatar la imposibilidad de la negociación, de llevar un convenio colectivo de un ámbito a otro

ámbito. La habilitación legal se reduce a autorizar a la Administración a poner en marcha, a instancia de parte, un mecanismo decisorio tendiente a cubrir un vacío normativo que se produce en una pluralidad de empresas o sector donde empresarios y trabajadores son incapaces de la negociación.¹⁷

Respecto de la vigencia de los convenios, el artículo 90.4 del ET señala que *“El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes.”*

De igual forma, las partes podrán acordar que el convenio entre en vigor en cualquier momento, que podría coincidir con la fecha de su publicación oficial en el Boletín correspondiente. Pueden también los firmantes decidir que el convenio inicie sus efectos, bien en un momento posterior a la fecha de su publicación oficial, bien en un momento anterior, pudiendo acordar, asimismo, dotar al convenio colectivo de una eficacia retroactiva.¹⁸

Por cuanto hace a la vigencia del convenio colectivo, según el artículo 86.1 del ET, corresponde fijarla a las partes negociadoras, pudiendo acordar la misma vigencia para la totalidad del mismo, o bien establecer diferentes periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias.

En este sentido, es cada vez más frecuente que los convenios colectivos establezcan periodos de duración plurianual, de 2, 3, 4 y hasta 5 años. En esos casos el convenio suele prever vigencias distintas, normalmente anuales para determinadas materias, tales como salario, jornada y clasificación profesional.¹⁹

El art. 86 apartados 2, 3 y 4 del ET establecen que *“Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.”*, y que *denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se man-*

tendrá en vigor el contenido normativo del convenio; además de que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.

Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los , , y de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios. (Art. 85.1)

Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan. b) Ambito personal, funcional, territorial y temporal. c) Condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de empresa, de conformidad con lo establecido en el . d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia. e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión. (Art. 85.2)

Los convenios colectivos a que se refiere esta Ley han de efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad. (Art. 90.1)

Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, será remitido al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito. (Art. 90.2).

En el plazo máximo de diez días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el «Boletín Oficial del Estado» o, en función del ámbito territorial del mismo, en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» o en el «Boletín Oficial» de la provincia correspondiente. (Art. 90.3)

El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes. (Art. 90.4)

Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes. (Art. 90.5)

5. LA LEGITIMACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA

En el ámbito de la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional español entiende la legitimación como un mecanismo para acceder exclusivamente a un tipo de negociación. Legitimación significa más que representación en sentido propio, un poder *ex lege* de actuar y de afectar a las esferas jurídicas de otros. La legitimación hace referencia a la aptitud abstracta que deben tener los sujetos para la negociación de un convenio, concepto más próximo, por lo tanto al de personalidad jurídica en un plano colectivo.²⁰

Por su parte Merino Segovia señala que legitimación para negociar hace referencia a la aptitud específica de los sujetos con capacidad convencional para participar en una determinada negociación colectiva. La legitimación alude en consecuencia, a la capacidad de negociar específicamente un convenio colectivo para una determinada unidad de negociación.²¹

Como ya quedó anotado en el capítulo precedente, en España, los Títulos II y III del Estatuto de los Trabajadores (ET) regulan lo relativo a la representación colectiva y la negociación de los convenios colectivos.

Así, respecto de la representación colectiva el artículo 61 del ET establece que de conformidad con lo dispuesto en el de la misma Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el Título II.

La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores corresponde a los *delegados de personal*. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría. Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta 30 trabajadores, uno; de 31 a 49, tres. (Art. 62. 1)

Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa. Los delegados de personal observarán las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el de esta Ley. (Art. 62. 2)

El *comité de empresa* es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores. (Art. 63. 1)

En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro. (Art. 63. 2)

Sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités

de centro. En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente. Tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación. (Art. 63. 3)

La legitimación para participar en los diversos ámbitos de la negociación colectiva, según el ET, se presenta de la siguiente forma:

En los **Convenios de Empresa o Ámbito Inferior**, el comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere. En los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. En los demás convenios será necesario que los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado un acuerdo expreso, con los requisitos del de esta Ley, de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito. En todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores. (Art. 87.1)

En los **Convenios de Ámbito Superior** a los anteriores: a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos. b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos. c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio. (Art. 87.2)

En los convenios a que se hace referencia en el número anterior, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados. (Art. 87.3)

Asimismo estarán legitimados en los **Convenios de Ámbito Estatal**: los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta de esta Ley. (Art. 87.4)

Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora. (Art. 87.5)

En los Convenios de Ámbito Empresarial, o inferior, la comisión negociadora se constituirá por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el , apartado 1. En los de ámbito superior a la empresa, la comisión negociadora quedará válidamente constituida, sin perjuicio del derecho de todos los sujetos legitimados a participar en ella en proporción a su representatividad, cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. (Art. 88.1)

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto. (Art. 88.2)

En los Convenios de Ámbito Empresarial, ninguna de las partes superará el número de doce miembros; en los de ámbito superior, el número de representantes de cada parte no excederá de quince. (Art. 88.3)

La comisión negociadora podrá tener un presidente con voz, pero sin voto, designado libremente por aquélla. En el supuesto de que se optara por la no elección, las partes deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la comisión los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y signar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario. (Art. 88.4)

La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación. De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio. La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los y ; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe. En los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas. (Art. 89.1)

En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación. (Art. 89.2)

Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. (Art. 89.3)

En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas. (Art. 89.4)

Por su parte la doctrina aborda la legitimación clasificándola en tres apartados:

a) **LEGITIMACIÓN INICIAL**: Relativa al derecho a participar en la negociación colectiva. (Art. 87)

b) **LEGITIMACIÓN PLENA O AMPLIADA**: Relacionada con la posibilidad de constituir la comisión negociadora. (Art. 88)

c) **LEGITIMACIÓN DECISORIA**: Relativa a la posibilidad de aprobar el convenio colectivo (Art. 89.3)

En oposición a lo antes expuesto, Miguel Ángel Solans Latre, señala que la garantía del acuerdo mayoritario en la comisión negociadora del convenio, prevista en el artículo 89.3 del ET, no constituye una tercera categoría de legitimación negociadora, sino que se trata de una garantía de procedimiento negociador. En la norma estatutaria, la distinción entre las reglas de legitimación y de procedimiento negociador aparecen nítidamente expuestas dentro del Título III, donde a la legitimación negociadora se dedica la sección segunda del Capítulo I, artículos 87 y 88, y al procedimiento de negociación el Capítulo II y dentro de éste, el artículo 89 contiene las reglas de tramitación; pero eso no la convierte en una regla de legitimación negociadora porque no lo ha previsto así la Ley. Atribuir a dicha regla del artículo 89.3 del ET una categoría, la de legitimación, que no le corresponde, cuando además va unida a una consideración del cómputo del acuerdo mayoritario en la comisión mediante votos proporcionales o representativos, refleja la clara intención del intérprete de reforzar las mayorías que apoyan el acuerdo saltando por encima de los requisitos de representatividad exigidos por la representación plena. Sin embargo, espigar por los diversos preceptos del Título II del ET para descubrir las garantías de legitimación negociadora, cuando estas han sido expresamente delimitadas por la norma, constituye una técnica de interpretación conducente a desvirtuar la voluntad del legislador anteponiendo la del intérprete.²²

Al respecto debemos resaltar que ya el Tribunal Supremo (TS) español, en sentencia de fecha 24 de marzo de 1995, estableció que de los artículos 87, 88 y 89.3 del ET se desprenden tres tipos de legitimación, una que permite participar en el proceso negociador, otra facultada para la constitución de la comisión negociadora y la última es requerida para la adopción de acuerdos válidos.²³

Respecto de la legitimación para negociar **Convenios Colectivos de Empresa o de Centro de Trabajo**, la **LEGITIMACIÓN INICIAL** corresponde, del lado empresarial el empresario, que podrá hacerlo directamente o por representación, otorgando poder al efecto a determinados directi-

vos de la empresa. Del lado de los trabajadores ostentan la legitimación los representantes unitarios (Comité de empresa, delegados de personal) y las representaciones sindicales (Secciones sindicales o los sindicatos propiamente dichos).

Tratándose de la negociación de convenios colectivos de empresa, o de ámbito inferior, la **LEGITIMACIÓN PLENA** coincide con la legitimación inicial, puesto que según el artículo 88 párrafo primero del ET, la comisión negociadora se constituirá por el empresario o sus representantes de una parte y de otra por los representantes de los trabajadores según las reglas de atribución de la legitimación para negociar; es decir, del lado de los trabajadores, la comisión negociadora se constituirá por el comité de empresa o delegados de personal, o en su caso, por las secciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité.

Constituida la comisión negociadora e iniciadas las negociaciones del convenio, el artículo 89.3 del ET establece quórum de votación exigible para la validez de los acuerdos, dichos acuerdos requerirán en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. Así pues para que el convenio tenga atribuida una eficacia personal general y sea por tanto, de aplicación a todos los trabajadores de la empresa, será necesario el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones que integran la comisión negociadora, lo que constituye la **LEGITIMACIÓN DECISORIA**.

Por cuanto hace a la legitimación para negociar **Convenios Colectivo Franja**, es decir, aquellos que no afectan a todos los trabajadores de la empresa, sino únicamente a una parte de ellos, pertenecientes a una misma categoría o grupo profesional, es necesario en primer lugar que las secciones sindicales que deseen concurrir en la negociación tengan implantación en la franja, es decir, han de tener presencia real entre los trabajadores afectados por la negociación colectiva que pretende llevarse a buen término. En segundo lugar, es preciso que las secciones sindicales con implantación resulten designadas a efectos de negociación por los trabajadores de la franja reunidos en asamblea convocada al efecto, en la que se adopte un acuerdo expreso de designación por el voto favorable, personal, libre, directo y secreto de la mitad más uno de dichos trabajadores.

Por su parte, la negociación de **Convenios Colectivos de Ambito Superior a la Empresa**, es asumida en exclusiva desde la posición de los trabajadores por los sindicatos, de manera que en este tipo de negociación no es posible la intervención de los órganos de representación unitaria (Comités de empresa y delegados de personal). Desde la posición empresarial, los convenios colectivos supraempresariales han de ser negociados inexcusablemente por las asociaciones empresariales.

La **LEGITIMACIÓN INICIAL** la poseen las asociaciones empresariales que cuenten con el 10% de los empresarios y trabajadores afectados en el ámbito de aplicación. También se reconoce la legitimación inicial para negociar un convenio supraempresarial de ámbito nacional a las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten dentro de la misma con un mínimo de 15% de los empresarios y trabajadores, siempre que no estén integrados en federaciones o confederaciones de ámbito estatal. Respecto de los trabajadores, estarán legitimados inicialmente los sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel estatal, que sean legitimados para intervenir en la negociación de cualquier convenio colectivo de ámbito superior a la empresa. Sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma que estén legitimados para intervenir en la negociación colectiva en su comunidad, así como la negociación colectiva de convenios de ámbito estatal. Sindicatos suficientemente representativos, es decir, sindicatos que cuenten con un 10% de representación (Miembros de comités de empresa y delegados de personal) en un ámbito territorial y funcional determinado, que están legitimados para la negociación colectiva en esos ámbitos. Sindicatos más representativos por irradiación, es decir, sindicatos afiliados federados o confederados a un sindicato más representativo, que están legitimados para intervenir en la negociación de un convenio colectivo supraempresarial cuyo ámbito territorial y funcional de aplicación no trascienda del ámbito de actuación del sindicato irradiado.

El artículo 88 del ET establece un requisito de legitimación adicional para negociar convenios de eficacia general, lo que se conoce como **LEGITIMACIÓN PLENA O AMPLIADA**. La legitimación plena solo se alcanza a partir de la válida constitución de la comisión negociadora del convenio colectivo, esto es, cuando sin perjuicio del derecho de todos los

sujetos legitimados a participar en la comisión negociadora en proporción a su representatividad. Los sindicatos con legitimación inicial que concurren en la negociación representen conjuntamente, como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal en el ámbito territorial y funcional del convenio. Las asociaciones empresariales con legitimación inicial que concurren en la negociación representen conjuntamente a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. En consecuencia, para la asociación empresarial o asociaciones empresariales concurrentes en la negociación se exige la afiliación a las mismas empresas que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores con la empresa.

La **LEGITIMACIÓN DECISORIA**: Constituida la comisión negociadora e iniciadas las negociaciones del convenio, los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. (Art. 89.3), así pues, para que el convenio tenga atribuida una eficacia personal general y sea de aplicación general a todos los trabajadores y empresas incluidas en su ámbito, será necesario el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones que integran la comisión negociadora.²⁴

En cuanto a la legitimación para negociar convenios **COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS**, del lado de los trabajadores, podrán negociar, si el convenio es supraempresarial, los sindicatos, incluidos los que no reúnan los porcentajes de representatividad requeridos legalmente para negociar estatutariamente.

Si el convenio es de empresa o e ámbito inferior, una o varias secciones sindicales de empresa podrán negociar un convenio de eficacia limitada. En relación con los órganos de representación unitaria, comités de empresa y delegados de personal, la jurisprudencia ha señalado que si el convenio de empresa fuera acordado por una minoría del comité de empresa o por un solo delegado de personal, resultaría nulo incluso como convenio extraestatutario, ya que el artículo 65.1 del ET exige la mayoría de los miembros del comité para la toma de dediciones válidamente, y respecto de los delegados de personal se requiere su actuación mancomunada.²⁵

Tratándose de **ACUERDOS MARCO**, se negocian por las organizaciones sindicales y empresariales, estos instrumentos colectivos pretenden ser una negociación colectiva a nivel más alto, motivo por el cual el ET exige para tener la condición de parte negociadora y=una determinada legitimación, esta aptitud específica para intervenir en la negociación se atribuye a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma. Solo los sujetos colectivos que tengan esta condición estarán legitimados para negociar un acuerdo marco.²⁶

Legitimación para negociar **ACUERDOS DE EMPRESA**: En estos acuerdos la legitimación coincide con la exigida por el ET para concertar convenios colectivos de ámbito empresarial o inferior, siendo asimismo, de aplicación las reglas ya estudiadas sobre la adopción de acuerdo para conseguir que finalmente el pacto pueda tener atribuida una eficacia general alara todos los trabajadores.²⁷

6. CONCLUSIONES:

PRIMERA: Entre el derecho del trabajo mexicano y el español existen diferencias terminológicas relacionadas con los sujetos que participan en la negociación colectiva y con el instrumento en que se incorporan las condiciones colectivas de trabajo, así en México se habla de *contrato colectivo de trabajo* y en España de *convenio colectivo*. En relación a los sujetos se habla en México de *patrón* y en España de *empresario*.

SEGUNDA: Si bien para ambos sistemas existen antecedentes de la negociación colectiva comunes, con el inicio del siglo XIX los factores políticos, económicos y sociales de cada país hicieron que la regulación de las relaciones colectivas y del establecimiento de condiciones colectivas de trabajo transitará por diversos caminos.

TERCERA: Mientras que en México solamente están previstos los contratos colectivos de trabajo para obra determinada, por tiempo determinado y por tiempo indeterminado, además del contrato ley; en España existe pluralidad de ámbitos de negociación, entre otros los convenio

colectivo de eficacia personal limitada o convenio colectivo extraestatutario; convenio colectivo de eficacia general o convenio estatutario o *erga omnes*: convenio o acuerdo marco; y acuerdos sobre materias concretas.

CUARTA: De manera extraordinaria desde el punto de vista del derecho del trabajo mexicano, la vigencia del contenido e los convenios colectivos puede ser ampliada a instancia de una autoridad administrativa, lo que no acontece en México.

QUINTA: En el caso del derecho del trabajo mexicano, la legitimación para efectos de la negociación de condiciones colectivas de trabajo le corresponde al sindicato que generalmente constituye un ente ajeno a la relación colectiva laboral en la empresa o establecimiento. En el derecho español, la capacidad negociadora la poseen los *delegados de personal* o el *comité de empresa*, lo que se traduce en una presencia más eficaz del órgano representativo obrero.

SEXTA: En el derecho mexicano la legitimación de los sindicatos como únicos facultados para fijar condiciones colectivas de trabajo es otorgada por el requisito de mayoría. Al amparo de la doctrina española, aún con opiniones opuestas, encontramos tres diversas modalidades de dicha legitimación, a saber, la *legitimación inicial*; la *legitimación plena o ampliada*; y la *legitimación decisoria*.

SÉPTIMA: En el derecho mexicano los sindicatos no están legitimados para inmiscuirse en asuntos de carácter administrativo de la negociación, lo que si acontece en el derecho español.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BERMUDEZ Cisneros, Miguel. Derecho del Trabajo, México Oxford, 2000, pp. 309- 310
DE BUEN Lozano, Néstor. Derecho del Trabajo, Tomo II. Porrúa, México 2000, pp. 792, 801, 802, 804 y 805.
DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Editorial Porrúa, 2003. pp. 380-384.
MERINO Segovia, Amparo. Negociación Colectiva. Altabán Ediciones. Albacete, España, 2004. p.11.

PALOMEQUE López, Maule Carlos. Derecho del Trabajo. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, España 2002. Décima Edición. Pp.81- 117

QUESADA Segura, Rosa y otro. El Procedimiento de Negociación del Convenio Colectivo, Editorial Comares. Granada, España, 2002. pp. 7, 8 y 15.

SOLANS Latre, Miguel Ángel. El ejercicio de la Legitimación para Negociar Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España. 2004 pp. 19-20

AVREVIATURAS UTILIZADAS

LFT	Ley Federal del Trabajo
ET	Estatuto de los Trabajadores
CE	Constitución Española
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

NOTAS:

¹BERMUDEZ Cisneros, Miguel. Derecho del Trabajo, México Oxford, 2000, pp. 309-310

²DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Editorial Porrúa, 2003. pp. 380-384.

³DE BUEN Lozano, Néstor. Derecho del Trabajo, Tomo II. Porrúa, México 2000, pp. 792, 801, 802, 804 y 805.

⁴DE BUEN Lozano, Néstor. Obra citada, p. 602

⁵DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, p. 410

⁶DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, p. 376

⁷DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, pp. 376-377

⁸DE BUEN Lozano, Néstor. Obra citada, p. 788

⁹PALOMEQUE López, Maule Carlos. Derecho del Trabajo. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, España 2002. Décima Edición. Pp.81- 117

¹⁰MERINO Segovia, Amparo. Negociación Colectiva. Altabân Ediciones. Albacete, España, 2004. p.11.

¹¹PALOMEQUE López, Maule Carlos. Obra citada. pp. 239-240.

¹²MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 21

¹³MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. pp. 16-17

¹⁴MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 31

¹⁵PALOMEQUE López, Obra citada. pp. 273-274

¹⁶MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 33

¹⁷PALOMEQUE López, Obra citada. pp. 274-275

¹⁸MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 87

¹⁹MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 89

²⁰QUESADA Segura, Rosa y otro. El Procedimiento de Negociación del Convenio Colectivo, Editorial Comares. Granada, España, 2002. pp. 7, 8 y 15

²¹MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. p. 41

²²SOLANS Latre, Miguel Ángel. El ejercicio de la Legitimación para Negociar Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España. 2004 pp. 19-20

- ²³QUESADA Segura, Rosa y otro. Obra citada. p. 151
²⁴MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. pp. 41-53
²⁵MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. Ibídem p. 117
²⁶MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. Ibídem p. 129
²⁷MERINO Segovia, Amparo. Obra citada. Ibídem p. 129

**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO VITIVINÍCOLA ESPAÑOL:
ALGUNOS ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DE LA LEY 24/2003,
DE 10 DE JULIO, DE LA VIÑA Y DEL VINO**

Prof. Dr. Ángel Sánchez Hernández
Universidad de La Rioja

I.- INTRODUCCIÓN. II.- OBJETO DE LA LEY. III. CONCEPTO DE "VINO". IV.- MENCIONES ASOCIADAS A LOS MÉTODOS ESPECIALES DE ELABORACIÓN Y ENVEJECIMIENTO DE LOS VINOS. V.- AUTORIZACIONES DE PLANTACIÓN Y DE REPLANTACIÓN DE VIÑEDO. V.1.- LAS NUEVAS PLANTACIONES. V.2. LAS REPLANTACIONES VI.- TRANSFERENCIAS DE AUTORIZACIONES DE REPLANTACIÓN. a) TRANSFERENCIAS DE AUTORIZACIONES DE REPLANTACIÓN ENTRE PARTICULARES. b) RESERVAS DE PLANTACIÓN DE VIÑEDO. VII.- LAS VARIETADES DE VID. VIII.- EL ARRANQUE DE VIÑEDOS. IX.- RIEGO DE LA VID. X.- AUMENTO ARTIFICIAL DE LA GRADUACIÓN ALCOHOLICA NATURAL. XI.- MEZCLA DE VINOS. XII.- SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL ORIGEN Y CALIDAD DE LOS VINOS. XII.1.- LOS VINOS DE MESA. XII.2.- VINOS DE CALIDAD PRODUCIDOS EN REGIONES DETERMINADAS. a-) VINOS DE CALIDAD CON INDICACIÓN GEOGRÁFICA. b-) VINOS CON DENOMINACIÓN DE ORIGEN. c-) VINOS CON DENOMINACIÓN DE ORIGEN CALIFICADA. d-) VINOS DE PAGO (PARAJE O SITIO RURAL). XIII.- OTROS ASPECTOS DE LA LEY.

I.- INTRODUCCIÓN

El día 12 de julio de 2003 entró en vigor en España la Ley 24/2003, de la Viña y del vino. Varios son los aspectos que ponen de manifiesto la oportunidad y necesidad de esta Ley. En primer lugar, aludo a los aspectos económicos. El Reino de España es el viñedo más grande del mundo, quedando por detrás en extensión Italia, Francia y Portugal. A pesar de ello, los bajos rendimientos por hectárea¹, hacen de España, el tercer producto de vino del mundo², después de Francia e Italia.

En segundo lugar, y no por ello de menor importancia, están los aspectos jurídicos. La Ley 25/1970, de 2 de diciembre, Estatuto de la Viña,

del vino y de los alcoholes, se había quedado desbordado por las previsiones insuficientes e inadecuadas, fundamentalmente debido a dos acontecimientos jurídicos importantes:

Primero.- La Constitución española de 1978 configuró el Estado de las Autonomías determinando una nueva distribución territorial del poder. En base al artículo 148.1.7ª, todas las Comunidades Autónomas han asumido, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, las competencias en materia relativa al cultivo de la vid y a sus productos -el vino-. Sin embargo, ello no significa que dicha competencia sea exclusiva de las Comunidades Autónomas, y por ende excluyente de toda intervención del poder central del Estado. Al contrario, el artículo 149.1.13ª de la Constitución le atribuye a éste competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Siendo la actividad agraria una actividad económica del sector primario, el poder central del Estado, está así facultado para dictar, no sólo las normas que fijen las líneas directrices, sino también los criterios globales de ordenación de este sector económico, eso sí, sin que con ello se vacíe el contenido de las competencias en materia agraria de las Comunidades Autónomas.

Como determinación de lo básico -, por regla general, debe hacerse por Ley, el nuevo texto legal de la Viña y del Vino, Ley 24/2003, en su disposición final segunda determina las partes de la misma que constituyen legislación básica, cuyo desarrollo y ejecución corresponderá a las Comunidades Autónomas. El resto del texto legal que no tenga carácter básico - que corresponde al poder central del Estado- será, en su caso, supletorio de la correspondiente legislación autonómica - artículo 149.3. de la Constitución -.

Segundo.- El ingreso de España en las entonces comunidades Europeas, ha venido a sumar a la hoy Unión Europea, junto al poder central del Estado y a las Comunidades Autónomas, como fuentes de producción normativa vitícola y vitivinícola. Forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente la normativa europea de la OCM del vino que surge en Europa en 1970, se reorganiza en 1987 - Reglamento CEE nº 822/87- y regulada actualmente en el vigente Reglamento CE³ nº 1493/1999, de 17 de mayo de 1999.

Por tanto, la normativa sobre el vino y la vid procede de distintas fuentes: la Unión Europea, el poder central del Estado y de las Comunidades Autónomas como parte del poder del Estado. La normativa de la Unión Europea - es minuciosa en esta materia vitivinícola y deja poco margen de maniobra para los Estados -, cuenta con aplicación directa y tiene supremacía sobre la normativa interna de los Estados miembros. En España, las normas del Estado - poder central- tienen, unas veces carácter básico y otras su aplicación será supletoria en defecto de las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas. Así , aún cuando no sea mucha la amplitud para ejercer la potestad normativa, actualmente contamos en España con la norma estatal, Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, la Ley 15/2002, de 27 de junio, de Ordenación Vitivinícola de Cataluña, la Ley 8/2002, de 18 de octubre, de vitivinicultura de La Rioja, la Ley 8/2003, de 20 de marzo de 2003, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha⁴ y por último, la Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola del País Vasco.

II.- OBJETO DE LA LEY

En su primer apartado, el artículo primero de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, señala su objeto “ es la ordenación básica, en el marco de la Unión Europea, de la viña y del vino, así como su designación, presentación, promoción y publicidad”. Por ende, es objetivo principal de esta Ley, proporcionar seguridad jurídica en el sector vitivinícola que cuenta con gran relevancia no sólo económica, sin también cultural. La Ley de la Viña y del Vino, regula las materias que, aún siendo ya, en sus líneas generales, objeto del Reglamento nº 1493/1999 – y de sus Reglamentos de aplicación-, precisan ser complementadas, limitándose la Ley de la viña y del vino a la concreción de detalles en la regulación de la materia⁵. En este sentido la Ley contempla aspectos imprescindibles para garantizar la eficacia del mercado único, la libre y leal competencia entre operadores en todas las zonas del territorio nacional y la protección y defensa de los derechos de los consumidores⁶.

Asimismo – establece el segundo apartado del artículo primero-, se regulan en esta Ley, los niveles incluidos dentro del sistema de calidad de los vinos, así como la protección de las denominaciones y menciones

frente a su uso indebido, en defensa de productores y consumidores. En este sentido, la Ley de la Viña y del Vino, pretende un doble objetivo: por una parte, aplicar normas rigurosas sobre la producción y puesta en circulación de los Vinos de Calidad Producidos en Regiones Determinadas (VCPRD), evitando que la calidad de estos vinos aumente de forma incontrolada; y por otra parte la ley pretende cumplir con la obligación constitucional de establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del sector vitivinícola, asegurando unas condiciones mínimas semejantes para todos los productores y operadores económicos.

Por último, también se incluye en el ámbito de esta Ley – artículo 1.3- , el régimen sancionador de las infracciones administrativas en las materias a las que se refieren los dos apartados anteriores. Se trata del régimen sancionador aplicable a las infracciones administrativas en materia de vitivinicultura y en relación con los niveles de protección de los vinos, en cumplimiento del principio de legalidad recogido en nuestra Constitución – artículo⁷ 25.1 y artículo 53- , y por el que se impone la reserva de Ley para las sanciones administrativas. El poder de la Administración de imponer sanciones que afectan al patrimonio a la actividad de las personas, requiere rango legal suficiente⁸ que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí excluye que tales remisiones se conviertan en una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Es decir, debe siempre quedar patente la dependencia del reglamento respecto de la Ley para que se admita la remisión normativa⁹.

III. CONCEPTO DE “VINO”

Entre las definiciones que ofrece el artículo segundo de la Ley 24/2003, destaca la definición de vino: “es el alimento natural obtenido exclusivamente de la fermentación alcohólica, total o parcial, de uva fresca, estrujada o no, o de mosto de uva”. En este concepto de vino, se reconocen varios aspectos.

En primer lugar, se reconoce al vino como alimento natural y sano, si se consume moderada e inteligentemente. Ya escribía Cervantes en “El

Celoso extremeño” que el vino que se bebe con medida jamás fue causa de daño alguno. El consumo moderado del vino, como alimento dentro de la dieta mediterránea, según algunos estudios científicos, parece estar directamente asociado, por ejemplo, a una disminución de los infartos de miocardio.

En segundo lugar, reconociendo al vino como alimento natural de la dieta mediterránea, se le reintegra plenamente de cómo parte de nuestra cultura y gastronomía. Se destacan así los aspectos históricos y tradicionales de nuestros vinos que forman parte de nuestro patrimonio cultural.

En tercer, todo lo anterior resulta decisivo para el sector vitivinícola, que además de ser su cultivo una garantía para el medio ambiente, constituye un motor económico para numerosas regiones españolas – no sólo a través de la producción, sino incluso a través, por ejemplo, de las nuevas formas de turismo rural y enológico-.

IV.- MENCIONES ASOCIADAS A LOS MÉTODOS ESPECIALES DE ELABORACIÓN Y ENVEJECIMIENTO DE LOS VINOS

En aras de garantizar una leal competencia entre los elaboradores y no confundir al consumidor, el artículo tercero de la Ley 24/2003, de una parte permite utilizar las menciones “noble, añejo y viejo” para los vinos de mesa con derecho a mención tradicional “vino de la tierra” y VCPRD, manteniendo, por otra parte, para éstos vinos, las menciones tradicionales de “crianza, reserva y gran reserva”.

Para proteger los vinos, se establecen primeramente indicaciones - nobles, añejos y viejos- relativas a las categorías de envejecimiento, referidas tanto a los vinos de mesa con mención tradicional “vino de la tierra” como para VCPRD. La diferencia entre estas indicaciones está en el periodo mínimo de envejecimiento total, en recipiente de madera de roble –máximo 600 litros- o en botella, y que son de 18 meses para el noble, 24 meses para el añejo y 36 meses para el viejo. Con ello se ha pretendido premiar a aquellos elaboradores de vinos de mesa con derecho a mención tradicional “vino de la tierra” que tengan un compromiso con la calidad y

realicen inversiones en sus bodegas para el envejecimiento de los vinos, para que vean compensado su esfuerzo con la posibilidad de utilizar las mencionadas indicaciones. Sin embargo, la proliferación de nuevas menciones que no tienen suficiente arraigo en España, y que además son comunes para los vinos de mesa con derecho a mención tradicional “vino de la tierra” y VCPRD, pueden producir confusiones entre los consumidores.

En cuanto a las menciones tradicionales propias de los vinos tranquilos VCPRD – crianza, reserva y gran reserva¹⁰-, se mantienen¹¹. A este respecto la Ley se limita a establecer unas condiciones nuevas, tanto en los períodos mínimos de envejecimiento, como en el volumen de barrica. Los vinos tranquilos VCPRD pueden utilizar las indicaciones propias crianza, reserva o gran reserva :

1º)-Para la variedad de vino tinto, según permanezca el vino al menos 6, 12 o 18 meses respectivamente en barrica de madera de roble – capacidad máxima 330 litros-, dentro del periodo de envejecimiento mínimo de 24 meses para el crianza, 36 meses para el reserva o 60 meses para el gran reserva.

2º)- Para la variedades de vino blanco o rosado, según permanezcan al menos 6 meses en barrica de madera de roble – capacidad máxima 330 litros-, dentro del periodo de envejecimiento mínimo de 18 meses para el crianza, 24 meses para el reserva o 48 meses para el gran reserva.

En la Ley se contemplan también las indicaciones propias de los vinos espumosos de calidad – premium, reserva y gran reserva¹².

V.- AUTORIZACIONES DE PLANTACIÓN Y DE REPLANTACIÓN DE VIÑEDO

Ante la existencia de excedentes de producción, para corregir los desequilibrios estructurales del mercado del vino, las intervenciones de la Unión Europea se centran sobre todo en la reducción del potencial de producción – arranque de viñedos y limitación de nuevas plantaciones¹³ -, así como en el saneamiento del mercado – sistema de destilaciones-.

En primer lugar, la medida de arranque de viñedos está prevista en el Capítulo II del Título II de la OCM susodicha, relativo al potencial de producción, enfocada al control del potencial productivo de aquellas zonas no se ajuste a la demanda generando problemas de excedentes estructurales. Se trata de un programa de abandono definitivo de las superficies plantadas o el arranque voluntario de viñedo, mediante el otorgamiento de una prima. Los Estados miembros deben determinar las regiones afectadas y establecer los niveles de la prima, aplicando criterios objetivos y dentro del marco normativo comunitario, cuya regulación específica se encuentra en el Capítulo III (Primas por abandono) del Reglamento 1227/2000 de la Comisión.

V.1.- LAS NUEVAS PLANTACIONES

En segundo lugar, para corregir los desequilibrios estructurales del mercado del vino, y orientar la producción hacia los vinos de calidad el artículo segundo de la OCM del vino prevé la limitación de nuevas plantaciones, mediante una prórroga en relación con la prohibición de plantar – salvo excepciones- nuevo viñedo durante un periodo transitorio que finaliza el 31 de julio de 2010.

Por tanto, las nuevas plantaciones con arreglo al artículo 5 de la Ley 24/2003, se autorizaran en los siguientes supuestos previstos por la normativa comunitaria - artículo 3. 1 y 2. del Reglamento 1493/1999 del Consejo, de la OCM del vino-:

1º-) Cuando se trate de una plantación de viñedo cuya producción, por su calidad, experimente un aumento de la demanda. Esta causa de excepción a la prohibición de nueva plantación, vigente hasta el 31 de julio de 2003, se fundamentó en la necesaria adaptación de la oferta a la demanda, introduciendo variedades adaptadas a las exigencias actuales. Se ha autorizado hasta esa fecha realizar nuevas plantaciones para obtener vinos VCPRD y vinos de mesa designados mediante una indicación geográfica, cuando debido a la calidad de este tipo de vinos, la producción estaba muy por debajo de su demanda¹⁴. Se ha permitido, ciertas plantaciones con un crecimiento controlado en regiones con vino que tienen expansión comercial, adaptándose el potencial vitivinícola a la calidad de los vinos.

Las nuevas plantaciones destinadas a producir vinos de calidad se sujetan a la previa asignación por parte de la Unión Europea a cada Estado miembro. Posteriormente, El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación distribuiría los cupos de nuevas plantaciones entre las Comunidades Autónomas en virtud de criterios objetivos¹⁵. Después cada Comunidad Autónoma podrá adjudicar los cupos de nuevas plantaciones, procedentes de la Unión Europea, entre los viticultores en aquellas zonas que precisen mantener una superficie adecuada de viñedo para la producción de vino de Denominación de Origen o de vino de mesa designado mediante una indicación geográfica, cuando se haya reconocido que, debido a su calidad, la producción de ese vino está muy por debajo de su demanda ¹⁶.

Las nuevas plantaciones autorizadas se utilizaran por los vitivinicultores a quienes se les haya concedido, llevándose a cabo en la superficie determinada, y antes de que finalice la segunda campaña siguiente a aquella en la que se haya concedido – artículo 3.4 de la OCM-. Las autorizaciones de nuevas plantaciones no utilizadas en plazo se asignarán a una reserva – artículo 3.5 de la OCM-. Precisamente a partir del 31 de julio de 2003, es plenamente funcional este sistema de reserva de plantaciones y replantaciones, capaz de asegurar el equilibrio entre el potencial vitivinícola y la calidad.

2º-) Cuando la superficie de viñedo plantada esté destinada bien a la experimentación vitícola, bien al cultivo de viñas madres injertos, bien a la producción de exclusivo consumo familiar o bien a nuevas plantaciones en el marco de medidas de concentración parcelaria o de expropiación forzosa.

En España no se ha previsto las nuevas plantaciones de vides destinadas al consumo familiar, no a su comercialización, y ello a pesar de que la normativa Comunitaria preveía la posibilidad de nuevas plantaciones para este destino¹⁷.

El artículo 2.5 del real Decreto 1472/2000, si prevé que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación pueda autorizar nuevas plantaciones a las Comunidades Autónomas en función de las solicitudes

presentadas por los interesados en los supuestos que seguidamente se exponen:

I-) nuevas plantaciones en el marco de medidas de concentración parcelaria o medidas por causa de utilidad pública, respetando el límite establecido en el artículo 3.1 del Reglamento 1227/2000: la superficie de nueva plantación no podrá ser mayor, en términos de cultivo puro, del 105% de la superficie retirada a los viticultores por causa de las medidas descritas.

Dada la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria como subrogación real en la parcela de replazo, a los vitivinicultores afectados, se les autorizaría nuevas plantaciones de viñedo para hacer posible la continuidad en sus explotaciones vitivinícolas en las fincas de replazo. No se autorizarán nuevas plantaciones, por no resultar necesario para alcanzar este fin, cuando el viticultor ya ha procedido, con anterioridad al procedimiento de concentración, al arranque de la viña, propiciando la correspondiente autorización para la replantación, en su momento, de la finca de replazo¹⁸.

La autorización de nueva plantación alcanzará una superficie equivalente al 105% de la superficie retirada, es decir, un 5% más de la superficie de viñedo original con la finalidad de reparar un lucro cesante durante el periodo improductivo del viñedo durante el periodo de ejecución de las medidas susodichas.

II-) Respecto a las solicitudes de nuevas plantaciones formuladas en los supuestos de experimentación vitícola y cultivo de viñas madres de injertos, las autorizaciones de nuevas plantaciones estarán vigentes hasta la finalización del periodo experimental y del cultivo de injertos.

Para evitar que nuevas plantaciones dedicadas a la experimentación vitícola perturben el equilibrio del mercado, la producción obtenida de dichas plantaciones de viñedo, no se puede comercializar aunque si consumir. Finalizado el periodo de experimentación se procederá al arranque o bien a solicitar, por el interesado, destinar la producción a la comercialización mediante la autorización por la Administración de esa nueva plantación con cargo a la reservas correspondientes de nuevas plantaciones o replantaciones de viñedo¹⁹.

En cuanto al cultivo de viñas madres de injerto, con el mismo fin, de evitar que su cultivo perturbe el equilibrio del mercado, la producción de uva obtenida no se recolectará, sino que se perderá. Transcurrido el periodo de cultivo se arrancará el viñedo o se solicitará que la producción se destine a la comercialización previa autorización administrativa como nueva plantación ²⁰.

V.2. LAS REPLANTACIONES

Una segunda excepción a la prohibición de plantar viñedo consiste en la replantación que hace posible a los viticultores que hayan arrancado²¹ una superficie de vid, volver a plantar viñedo nuevamente. La replantación, puede incluso, ser anticipada para quienes se comprometan al arranque diferido de la superficie de viñedo antes de que finalice la segunda campaña posterior a la nueva plantación. La autorización por la Administración de una replantación anticipada requiere que junto a la solicitud, el interesado se comprometa expresamente a realizar el arranque efectivo antes de que finalice la segunda campaña posterior a la plantación de la superficie de viñedo. Dicho compromiso irá acompañado de un aval bancario con un importe suficiente para disuadir a los viticultores de incumplir el compromiso adquirido. Las Comunidades Autónomas establecerán el importe de dicho aval que deberá ser, al menos, por un importe equivalente al valor de la nueva plantación a realizar, incluyendo el valor de la superficie, de la plantación y del derecho de replantación. El incumplimiento de la obligación de arranque en el plazo señalado llevará aparejada la ejecución del aval, así como la sanción que corresponda, todo ello sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria de la obligación de arranque por parte de la Administración competente²².

Ahora bien no todo arranque genera replantación de viñedo. No cabe ésta, con respecto a las superficies arrancadas obligatoriamente por haber infringido las disposiciones incluidas en la OCM vitivinícola²³.

La replantación debe realizarse durante el plazo de cinco años siguientes a la campaña durante la cual se haya procedido al arranque, prorrogable hasta los ocho años ²⁴, plazo éste que ha sido fijado por el Real Decreto 1472/200 que regula el potencial de producción vitivinícola, como

periodo de validez dentro del cual cabe ejecutar la replantación en la misma explotación. Si no se efectuase en ese plazo, se acumula, la posibilidad de efectuar esa nueva plantación, en una reserva, a disposición de quien previa solicitud, sea autorizado administrativamente para efectuar la nueva plantación.

Antes de conceder esa autorización para replantar, la Administración comprobará, el previo arranque del viñedo o la existencia del correspondiente compromiso de arranque diferido de dicho viñedo, y además, que el solicitante ostenta la titularidad jurídico privada sobre la parcela como para que le permita plantar y, en su caso, arrancar lo plantado, bien como consecuencia de un derecho de propiedad o bien porque tenga atribuido un derecho de uso y disposición sobre la citada parcela-usufructuario, arrendatario, etc...

El titular beneficiario de la replantación será el sujeto que siendo titular de la parcela (propietario, usufructuario, arrendatario, etc...) arrancó el viñedo existente en ella, constatándose dicho arranque por la Administración y reconociendo ésta a su favor la posición jurídico privada en que los derechos de replantación consisten²⁵.

Por último señalar que el artículo cinco en su apartado tercero de la Ley de la Viña y del Vino, contempla la posibilidad de reponer las cepas que causen baja por accidentes físicos o biológicos que puedan ocurrir en los cinco primeros años de la nueva plantación o replantación.

VI.- TRANSFERENCIAS DE AUTORIZACIONES DE REPLANTACIÓN

a) TRANSFERENCIAS DE AUTORIZACIONES DE REPLANTACIÓN ENTRE PARTICULARES.

A tenor de lo establecido en el artículo sexto, apartado primero de la Ley 24/2003, el gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, previa consulta a las Comunidades Autónomas, regulará la normativa básica de transferencia de derechos de replantación entre particulares (que no podrán en ningún caso suponer incremento del potencial productivo vitícola²⁶), en el marco de la normativa comunitaria²⁷.

El artículo 4.4. del Reglamento de la Unión Europea 1493/1999, establece excepciones a la regla general de intransmisibilidad de las autorizaciones de replantación, al admitir que autorizaciones de replantación puedan transferirse total o parcialmente a otra explotación dentro del mismo Estado miembro cuando: a) parte de la explotación se transfiera a esa otra explotación, para plantar una superficie que no debe ser mayor que la superficie transferida; b) superficies de otra explotación se destinen a la producción de VCPRD, vinos de mesa designados mediante una indicación geográfica o al cultivo de viñas madres de injertos.

La normativa comunitaria admite la posibilidad de que las autorizaciones de replantación puedan transferirse total o parcialmente a otra explotación, siempre que las transferencias se sitúen en la política de calidad, se refiera a viñas madres de injerto o formen parte de la transferencia de la propia explotación. En este sentido, el artículo 4 del Real Decreto 1472/2000, establece dos excepciones a la regla general de intransmisibilidad: la primera, cuando la parcela de la que procede la autorización de replantación se transfiera por cualquier negocio jurídico “inter vivos” o “mortis causa”, y segunda, cuando únicamente se transmitan autorizaciones de replantación de una parcela a otra, y ésta del adquirente de las autorizaciones de replantación, se destine a la producción de vinos con Denominación de Origen o vinos de mesa designados mediante indicación geográfica o al cultivo de viñas madres de injertos.

Por tanto, las transferencias además de realizarse dentro de España, han de utilizarse para las superficies y fines para los que se hayan concedido las mismas, prohibiéndose cualquier cambio de superficie o finalidad que se han concedido en base a unas autorizaciones de replantación que han sido objeto de transferencia.

La transferencia de las autorizaciones de replantación, realizada mediante cualquier negocio jurídico “inter vivos”, sólo será válida si se realiza directamente entre el titular de la parcela que ha generado la posible replantación y el titular de la parcela en que se va a realizar la replantación. Por ello, para autorizar una transferencia de autorización de replantación, la Administración debe examinar la titularidad jurídica-privada del cedente sobre la parcela arrancada y la del cesionario sobre la parcela en que se

vayan a llevar a cabo la replantación de viñedo ²⁸. En este sentido, acertadamente se ha señalado que la llamada “transferencia de derechos de replantación” no es ninguna transmisión de derechos a plantar o a replantar, sino una posición jurídico administrativa que, siempre que se den los demás requisitos exigidos, habilita para obtener una autorización administrativa que excepciona la prohibición general de plantar viñedo para el cesionario²⁹. “El adquirente no queda legitimado “ipso iure” por su adquisición para obtener una nueva autorización administrativa de plantación. Contrariamente, el adquirente, además de presentar con su correspondiente solicitud ante la Administración, el documento administrativo acreditativo de haber adquirido – por justo título- la “posición jurídica” de quien legítimamente podía transferírsela , tiene que cumplir el resto de requisitos establecidos al efecto para que la Administración le otorgue una nueva autorización de plantación. En realidad, se está transmitiendo una “posición jurídica” consistente en una mera legitimación para solicitar, y en su caso obtener de la Administración, una nueva autorización para plantar viñas en una superficie rústica equivalente a la arrancada.”³⁰

Los requisitos que deben cumplir los adquirentes de autorizaciones de replantación, así como las Administraciones competentes para autorizar las transferencias³¹, están previstas en el citado “up supra” Real Decreto 1472/2000 que presta una especial atención, según indica en su exposición de motivos “al mantenimiento del equilibrio del viñedo³² que evite desplazamientos que puedan ocasionar perjuicios a zonas en que este tipo de cultivo suponga un elemento relevante en la formación de las rentas de los agricultores, la conservación del paisaje y del medio ambiente o tenga una fuerte incidencia social” ³³.

En todo caso los derechos de replantación adquiridos en virtud de transferencia deberán utilizarse antes de que finalice la octava campaña siguiente a aquella durante la cual se haya procedido al arranque previamente declarado y antes de que finalice la segunda campaña desde la autorización de la transferencia³⁴.

b)RESERVAS DE PLANTACIÓN DE VIÑEDO.

Con el objeto de no perder potencial vitícola, el Gobierno y las Comunidades Autónomas, podrán crear y regular reservas de plantaciones

de viñedo. El artículo 5.2 del Reglamento del Consejo 1493/1999 posibilita la creación por los Estados miembros de reservas de plantaciones procedentes, bien de plantaciones de nueva creación asignados por la Unión Europea entre los Estados miembros, según el reparto de hectáreas previsto en su artículo 6.1; o bien de autorizaciones e nueva plantación, de replantación o de nueva creación que hayan caducado por no haber sido utilizados en los plazos establecidos respectivamente, o por ultimo, de replantaciones asignadas a la reserva pro sus titulares, a cambio de una contrapartida financiera cuyo importe y modalidades fijarán los Estados miembros.

El objetivo perseguido con la constitución de la Reserva Nacional de derechos de plantación de viñedos es permitir a la Administración del Estado, la asignación o reasignación de derechos a aquellas regiones que con criterios objetivos más lo justifiquen³⁵. En las reservas regionales, será la correspondiente Comunidad Autónoma la que elabore la normativa que regule la entrada y salida de derechos a su reserva respetando lo dispuesto en el Reglamento del Consejo 1493/1999 en cuanto al mantenimiento del potencial productivo.

Las autorizaciones de transferencia de replantación entre Comunidades Autónomas que no sean utilizados en las dos campañas siguientes a su aprobación por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación entrarán en la reserva de la Comunidad Autónoma o, en su caso, en la Reserva Nacional³⁶.

VII.- LAS VARIEDADES DE VID

En la clasificación de las variedades de vid utilizadas en la elaboración de los vinos, está en buen medida el prestigio de los mismos, dado que la materia prima es un factor determinante en las características organolépticas y en el sabor final del vino.

Las limitaciones a poder plantar cualquier tipo de vid, está justificada en la existencia de ciertas variedades que llegan a producir vinos con poca o nula salida en el mercado. Para evitar esta situación, se establece una política general de clasificaciones de vides guiada por la calidad de los

vinos producidos. En este sentido el Reglamento del Consejo 1493/1999, que establece la OCM del vino encomienda, a los Estados miembros la clasificación de las variedades de vid, siguiendo los principios establecidos por la OCM.

El Gobierno de la Nación, a tenor de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley 24/2003, establecerá las modalidades en las que las Comunidades Autónomas deben clasificar como variedades de vid en su ámbito territorial y destinadas a la producción de uva o de material de multiplicación vegetativa de la vid³⁷. La Ley 24/2003, se ha limitado a recoger la exigencia de que las variedades destinadas a uva de vinificación pertenezcan a la especie *vitis vinifera* L, remitiéndose en todo lo demás a las modalidades utilizables por las Comunidades Autónomas a la hora de clasificar las variedades de vid, clasificación en la que se distingue entre variedades de uva de vinificación, de uva de mesa y variedades de destino particular – vg. producción de pasas³⁸.

VIII.- EL ARRANQUE DE VIÑEDOS

A través de una resolución administrativa, previa la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, según dispone el artículo octavo de la Ley 24/2003, se puede obligar a arrancar el viñedo en dos supuestos. En primer lugar, en el caso de plantaciones destinadas a la producción de vino realizadas con variedad de vid no clasificadas; y en segundo lugar, cuando se demuestre fehacientemente que una superficie de viñedo no ha sido cultivada en las tres últimas campañas³⁹. Este último supuesto constituye una manifestación de la prohibición general de mantener improductiva la tierra, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo primero de la todavía hoy parcialmente en vigor Ley de Reforma y Desarrollo Agrario⁴⁰, en el que se dispone que el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la Comunidad Nacional⁴¹. El artículo segundo del susodicho texto legal de Reforma y Desarrollo Agrario, añade que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, obliga a que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados, según el destino agrario más idóneo.

Varias son las cuestiones que se suscitan entorno a este arranque de viñedo. En primer lugar cabe preguntarse quién correrá con los gastos relacionados con el arranque obligatorio de las plantaciones ilegales . El productor correrá con todos los gastos generados por el arranque de sus superficies ilegales. Si el responsable de la plantación ilegal no fuese el propietario de la parcela, éste arrancará la plantación , sin perjuicio de su derecho a reclamar el coste del arranque al responsable de la plantación ilegal ⁴². Por otra parte, la Administración competente podrá ejecutar subsidiariamente la obligación de arranque si, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación que se haga al efecto, el titular de la parcela no ejecutara la obligación. Todo ello se entenderá sin perjuicio de las sanciones que correspondan⁴³.

En segundo lugar, cabe plantearse si el arranque obligatorio del viñedo, constituye un supuesto de expropiación de derechos. Esto es, cuando se ordena el arranque de cepas se está generando algún derecho de compensación o indemnización para el titular de la plantación. Entiendo que si estamos ante una plantación ilegal, su arranque no tiene carácter expropiatorio, puesto que arrancando el viñedo ilegal no se está privando al viticultor de patrimonio empresarial alguno.

IX.- RIEGO DE LA VID

En una zona vitivinícola podrá procederse al riego de la vid , únicamente en la medida que el Estado miembro interesado lo autorice, con el límite de que esa autorización sólo podrá concederse cuando las condiciones ecológicas lo justifiquen ⁴⁴.

La Ley 24/2003 contempla la autorización de la forma y condiciones de riego como una de las funciones de los órganos de gestión de los VCPRD. Por tanto, será la normativa particular de cada VCPRD podrá establecer la forma y condiciones en que el riego de la vid, está autorizado en su zona de producción siempre que o bien este justificado –vg. casos de pluviometría inferior a la media anual-, o bien no perjudique la obtención de un producto de alta calidad.

Si bien la Ley 24/2003, permite el riego justificado y que no perjudique la calidad del vino, en España, ha sido habitual prohibir regar el

viñedo⁴⁵. Contrariamente, en otros países de la Unión Europea es práctica habitual regar la vid, duplicando o triplicando así la producción por hectárea, seguramente en detrimento de la calidad.

X.- AUMENTO ARTIFICIAL DE LA GRADUACIÓN ALCOHOLICA NATURAL

Existe una práctica propia de regiones donde por falta de sol y por exceso de humedad, no llega a madurar la uva ni a tener el azúcar necesario para producir vino con más cuerpo. Me refiero a la CHAPTALIZACIÓN, denominada así por su promotor en el siglo XIX – el Sr. Chaptal-. Consiste en enriquecer los mostos con azúcar de remolacha (sacarosa) a fin de que puedan prolongar su fermentación y alcanzar un grado alcohólico suficiente para que el producto merezca la calificación de vino.

El enriquecimiento artificial del grado alcohólico de los vinos mediante injerencias de productos exógenos, como ocurre con la adición de sacarosa ⁴⁶, es un práctica que posibilita, el desarrollo del viñedo en zonas no aptas para la maduración de la uva y el desarrollo de una viticultura de rendimientos elevados que estimula los excedentes, y más barata para los productores, a quienes les resulta más rentable elevar el grado alcohólico con sacarosa que producir el mismo vino con riqueza alcohólica natural. En este sentido, la chaptalización choca frontalmente con las pretensiones de la OCM del vino: la mejora de su calidad y asegurar la estabilización de la producción ⁴⁷.

Esta práctica está prohibida en España. El artículo 10.3 de la Ley 24/2003, prohíbe la adición de sacarosa y de otros azúcares no procedentes de uva de vinificación para aumentar la graduación alcohólica natural de mostos y vinos. No obstante la Ley permite que, utilizando con carácter preferente la adición de mosto concentrado, las Comunidades Autónomas puedan autorizar el aumento de la graduación alcohólica del vino nuevo aún en proceso de fermentación, cuando concurren condiciones meteorológicas desfavorables⁴⁸.

En todo caso, considero que siendo el vino un producto natural es incompatible con la chaptalización, puesto que ésta no es un procedimiento natural.

XI.- MEZCLA DE VINOS

En España la mezcla de vinos tintos con vinos blancos ha estado muy arraigada⁴⁹ fundamentalmente por dos razones. Unas veces porque la producción de vino blanco es muy superior a la de tinto que tiene más aceptación en el mercado, y otras veces porque los tintos son excesivamente oscuros y con mucho cuerpo (más de 13 grados) y conviene aclararlos. En suma, se trata por tanto, de un modo artificial de obtener rosados –claretes-.

El artículo 42.6 del Reglamento 1493/1999, de la OCM del vino, permite la mezcla de vinos de mesa tintos y blancos en España⁵⁰, allí donde constituya una práctica tradicional, hasta el 31 de julio de 2005. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 24/2003, prohíbe la mezcla de vinos tintos con vinos blancos desde el día 1 de agosto de 2003, acabándose con esta práctica enológica que no es buena para la calidad del producto.

XII.- SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL ORIGEN Y CALIDAD DE LOS VINOS

Los artículos 12 a 27 de la Ley 24/2003 diseña un sistema de protección del origen y calidad de los vinos que pretende asegurar la calidad y diversidad de los vinos, que existan condiciones de competencia leal, la protección de los consumidores a través de la veracidad de la información que figure en el etiquetado y por último, permitir la progresión de los vinos en diferentes niveles.

Precisamente los niveles del sistema están dispuestos piramidalmente, con superposición de niveles. Atendiendo al nivel del requisitos que alcance el vino, de acuerdo en su caso con la legislación de las Comunidades Autónomas, los vinos elaborados en España podrán acogerse a alguno de los siguientes niveles de menor (base de la pirámide) a mayor (cima de la pirámide) exigencias : en el nivel inferior se sitúan los vinos de mesa (donde se distingue el primer nivel el vino de mesa y el segundo nivel, el vino de mesa con derecho a mención tradicional “vino de la tierra”); en el nivel superior están los vinos VCPRD (que van desde tercer nivel – vinos de calidad con indicación geográfica-, cuarto nivel – vinos

con Denominación de origen-, quinto nivel –vinos con denominación de origen calificada- y sexto y último nivel, los vinos de pago.

Como principio general – artículo 12 de la Ley 24/2003-, cada nivel de protección implica mayores exigencias que el inmediato inferior, contará con una regulación general y, asimismo, para el reconocimiento de la protección de un nombre geográfico empleado para la protección de un vino de la tierra o un VCPRD, éste deberá contar con una norma específica reguladora – artículo 14 de la Ley 24/2003-.

Las zonas de producción, elaboración y envejecimiento de los distintos niveles de producción deberán estar claramente delimitadas en función de criterios geográficos o antrópicos. Asimismo, el artículo 15 de la Ley 24/2003, establece para cada nivel de protección deberá tener variedades de vid asignadas, y sus respectivos rendimiento máximos, en su caso. Igualmente, el mismo precepto establece, que deberán definirse las características de los vinos amparados por cada nivel.

De especial interés resulta la superposición de niveles que contempla el artículo 16 de la Ley de la Viña y del Vino. En su apartado primero, el precepto establece que una misma parcela de viñedo podrá proporcionar uvas para la elaboración de vinos con destino a un único o diferentes niveles de protección, siempre que las uvas utilizadas y el vino obtenido cumplan los requisitos establecidos para el nivel o niveles elegidos. Además, en su segundo apartado, establece que “la totalidad de la uva procedente de las parcelas cuya producción exceda de los rendimientos máximos establecidos para un nivel de producción deberá ser destinada a la elaboración de vino acogido a otro nivel de protección para el que se permitan rendimientos máximos superiores a la producción de la indicada parcela”. En cuanto a este segundo párrafo, es claro que con la fijación de un rendimiento máximo por hectárea resulta un factor fundamental en aras de la calidad del vino. La normativa europea no ha fijado un máximo de rendimiento pro hectárea para toda la Unión Europea, reconociendo que esta materia queda en manos de los Estados miembros. En el caso de España – donde los rendimientos por hectárea han sido moderados- la cuestión está regulada en el artículo 5.1 del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, precisando que el rendimiento se expresará

en cada Reglamento de cada Denominación de Origen , pudiendo señalarse en su texto que los límites citados podrán ser modificados por el Consejo Regulador. Caso de sobrepasar tales límites máximos de rendimiento por hectárea, la Ley 24/2003, presenta la ventaja de que la uva procedente de una parcela donde se hayan superado los rendimientos máximos fijados puede ser destinada a elaborar un vino de calidad aunque sea de inferior categoría si respeta el máximo fijado para tal nivel, evitando que, como ocurría hasta ahora, automáticamente al superarse los rendimientos máximos autorizados toda la uva de esa parcela sólo pudiese destinarse a producir vino de mesa, en lugar de elaborarse y comercializarse como vino con denominación de calidad.

XII.1.- LOS VINOS DE MESA

El concepto de vino de mesa es importante porque sobre él giran buena parte de los mecanismos de intervención de la Unión Europea dada su importancia y peso cuantitativo en el equilibrio del mercado.

Por tal se ha entendido aquel distinto del VCPRD producido en la Unión Europea con un grado alcohólico volumétrico y contenido de acidez fijado en la normativa comunitaria⁵¹.

Por su parte los vinos de mesa con derecho a la mención tradicional "vino de la tierra", acompañada de una indicación geográfica requiere por una parte que el territorio vitícola del que proceda haya sido delimitado por condiciones ambientales y de cultivo que confieren al vino características específicas y por otra parte, que se expresen la indicación geográfica, las variedades de vid y los tipos de vinos amparados, el grado alcohólico volumétrico natural mínimo y una indicación de las características organolépticas⁵². Estos requisitos que han de cumplir estos vinos, se establecen por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación cuando el área geográfica correspondiente a dicha indicación sobrepasa el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma⁵³. Si se está íntegramente en el área geográfica de una Comunidad Autónoma, ésta será la que establecerá los requisitos⁵⁴.

XII.2.- VINOS DE CALIDAD PRODUCIDOS EN REGIONES DETERMINADAS

En el concepto de VCPRD se incluyen diferentes subconceptos, constituyendo una especie de paraguas que no hubiese tenido cabida dentro de la antigua concepción jurídica española de “vino con denominación de origen”.

Esta mención VCPRD surge en el seno de la Comunidad Europea para conciliar concepciones distintas de los vinos de calidad existentes en el seno de los Estados miembros.

En todo caso parece claro que la normativa europea a la hora de establecer las exigencias mínimas para calificar a un vino como VCPRD se inspiró en las exigencias de condiciones tradicionales de producción de vino con Denominación de Origen en los países productores: factores naturales y factores humanos (encepe, prácticas de cultivo, modo de vinificación,...)⁵⁵. Desde el punto de vista práctico, todas las Denominaciones de Origen de vinos españoles entran en el concepto de VCPRD y están considerados oficialmente como tales.

Con los VCPRD se persiguen al menos tres objetivos. En primer lugar, fomentar una producción típica y de calidad . Un vino es de calidad cuando es elaborado según condiciones estrictas y precisas que le confieren unas propiedades y características que permiten diferenciarlo del resto de los de su género.

La calidad del vino contribuye a la viabilidad del sector vitivinícola, ajustando la oferta a la demanda para así equilibrar el mercado. Pero además elaborar un vino de calidad implica una producción con menores rendimientos y mayor respeto al medio ambiente, así como con una preparación más esmerada que ofrece mayores garantías a los consumidores. Éstos tienen mayores garantías sobre su método de producción y su origen. Estos vinos ofrecen mayor credibilidad a los ojos de los consumidores. La denominación de origen de estos VCPRD aporta a los vinos amparados prestigio, seguridad y garantía. En muchas ocasiones el consumidor busca una satisfacción personal ligada al gusto y a la imagen – valor cul-

tural y social- que el consumo de un vino con Denominación de Origen le produce.

Frente a los excedentes estructurales del vino de mesa, los VCPRD no presentan grandes excedentes y son de fácil acceso al mercado interno y exterior.

En segundo lugar , los VCPRD buscan promocionar un vino que presenta determinadas características: asociado a una cultura local, ligado al medio ambiente, al paisaje, a las tradiciones , a la gastronomía...

En tercer lugar, los VCPRD se garantiza una competencia leal y equitativa entre productores, pues evita disfrutar indebidamente del incalculable valor que en el mercado posee el uso de una denominación de origen sin estar sometidos a las estrictas condiciones de producción y control que supone la elaboración de estos tipos de vinos.

La Ley de la Viña y del Vino distingue de menor a mayor nivel los siguientes vinos superpuestos: vino de calidad con indicación geográfica, vino con indicación de origen, vino con denominación de origen calificada y vino de pago.

Los operadores del sector podrán decidir el nivel de protección a que se acogen sus vinos, siempre que los vinos cumplan los requisitos establecidos para cada nivel en la Ley nacional y autonómica⁵⁶. Cada nivel de protección contará, en primer lugar, con una regulación general –que recogerá todos los requisitos previstos en la normativa comunitaria, nacional y autonómica; y en segundo lugar, contará con un sistema de control de los vinos⁵⁷. Además, junto a su zona de producción, elaboración y envejecimiento en función de criterios geográficos y antrópicos, tendrá asignada sus variedades de vid, fijado sus respectivos rendimientos máximos y definido las características de sus vinos amparados.

El artículo 16 de la Ley 24/2003 permite la superposición de niveles, esto es, una misma parcela de viñedo podrá proporcionar uvas para la elaboración de vinos con destino a un único nivel de protección o a diferentes niveles de protección siempre que las uvas utilizadas y el vino obte-

nido cumplan con los requisitos establecidos para el nivel o niveles elegidos.

En cuanto a los nombres geográficos asociados con un nivel de protección y en especial con las Denominaciones de Origen, están protegidos por ser bienes de dominio público, y por ende, no pueden ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen⁵⁸. La titularidad de estos nombres geográficos corresponde al Estado cuando comprenda territorios de más de una Comunidad Autónoma, y a éstas en los demás casos.

Por ser de titularidad pública, estos nombres geográficos no cabe denegar su uso a quien lo solicite y cumpla los requisitos establecidos. Además, estos nombres geográficos asociados a cada nivel de protección del vino, no podrán utilizarse para designar otros productos del sector vitivinícola.

La protección del nombre geográfico, se extiende desde la producción, a la comercialización, a la presentación y a la publicidad, al etiquetado y a los documentos comerciales de los productos afectados.

Sólo los vinos que tienen derecho a los nombres geográficos protegidos para cada nivel podrán emplearlos en sus marcas, nombre comercial o razones asociadas. Por tanto, a sensu contrario, aquellos vinos que no cumplan los requisitos del correspondiente nivel, no pueden utilizar el nombre geográfico en la designación, presentación o publicidad del vino⁵⁹, aunque tales nombres vengán traducidos a otras lenguas o precedidos de expresiones como "tipo", "estilo", "imitación" u otros similares, ni aún en el caso de que se indique el verdadero origen del vino. Tampoco podrán emplearse expresiones del tipo "embotellado en...", "con bodega en..." u otras análogas.

Observarse como el acogerse al amparo de una denominación VCPRD entraña indudables ventajas. Sabedor de este extremo, la Ley 24/2003 exige a los operadores del sector vitivinícola que deseen acogerse al amparo de una denominación VCPRD, la inscripción de sus viñedos, bodegas y demás instalaciones de el correspondiente órgano de gestión de la denominación de origen, así como someterse a un sistema de control⁶⁰.

Analicemos seguidamente los distintos tipos y niveles de protección de los Vinos de Calidad Producidos en Región Determinada.

a-) VINOS DE CALIDAD CON INDICACIÓN GEOGRÁFICA.

Por “indicación geográfica” se entiende aquella que identifica un vino como originario de un territorio, cuando determinada calidad del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, al factor humano, o a ambos a la vez en lo que se refiere a la producción de uva, elaboración de vino y a su envejecimiento.

Estos vinos se identificarán mediante la mención “vinos de calidad de...” seguida del nombre del lugar de producción o elaboración . Además contarán con un órgano de gestión y se someterán a un sistema de control⁶¹.

b.-) VINOS CON DENOMINACIÓN DE ORIGEN.

En la base del nacimiento de esta clásica y bien conocida expresión “Denominación de origen”-, que cuenta con gran peso histórico, se encuentran los intereses comunes de los productores de estos vinos de especial calidad, al percatarse de que resultaba necesario proteger jurídicamente esos nombres geográficos que se habían convertido en un valor en si mismos y que en ocasiones eran objeto de usurpación, mediante su utilización fraudulenta por productores ajenos al área geográfica. Para evitar estas apropiaciones indebidas, los productores genuinos reivindican que el Ordenamiento Jurídico reconozca su derecho subjetivo a usar en exclusiva esos nombres en base a estar sus viñedos situados en la zona geográfica de producción del vino. Para garantizar estos derechos subjetivos de los productores de esta zona, han de contar con la protección de las autoridades administrativas y judiciales competentes que actuaran en evitación de las apropiaciones indebidas .

Por otra parte, y a la vez, que se instauran la protección jurídica a los derechos subjetivos de los productores instalados en la zona geográfica de producción del vino, surge una normativa jurídica, y por ende general y obligatoria a la que quedan sujetos todos los productores que quieren que sus vinos lleven la D.O., en la que se fijan unas reglas de obligado cumplimiento de producción y de comercialización⁶².

La D.O. designa un vino originario de un lugar indicado en el nombre, que posee unos caracteres cualitativos determinados por unos factores naturales (clima, naturaleza del suelo, variedad de vides, exposición al sol) e intervención humana (métodos de cultivo y de vinificación) ligados al área de producción.

La D.O. recae sobre un “signo distintivo” de calidad del vino, al que se brinda protección teniendo en cuenta los intereses de la colectividad – de los consumidores y productores-. La D.O. no sólo sirve para diferenciar un vino en el mercado por su indicación de su origen, sino también para certificar la garantía de su calidad, teniendo en cuenta sus especiales cualidades y condiciones de elaboración (conforme a determinadas reglas), que sólo concurren en las zonas de procedencia.

La Diferencia entre vino con D.O. y vinos con Indicación Geográfica se encuentra en que mientras a éstos sólo se les exige que el vino proceda de uvas cosechadas en su integridad- o en su mayor parte- en una zona delimitada en función de criterios geográficos- aún cuando no se demuestre uniformidad de factores naturales y humanos, en los vinos con D.O. se exige la demostración de un vínculo fuerte entre la existencia de factores naturales y humanos en la zona de producción y la calidad de los vinos, con una reglamentación que garantiza y controla la existencia de tales factores específicos y la propia calidad del producto.

En base a todo ello, la Ley 24/2003, establece que la “Denominación de Origen” es el nombre de un lugar reconocido administrativamente para designar vinos que cumplan con las siguientes condiciones: ser elaborados en un lugar con uvas procedentes del mismo; disfrutar de un elevado prestigio en el tráfico comercial en atención a su origen; su calidad se debe fundamentalmente al medio geográfico que incluye factores naturales y humanos y por último, que el lugar haya sido reconocido previamente como ámbito geográfico de un vino de calidad con indicación geográfica con una antelación de, al menos, cinco años⁶³.

Por otra parte la Ley 24/2003, en el apartado cuarto del artículo 22, exige que la gestión de la D.O. esté encomendada a un órgano de gestión denominado Consejo Regulador.

c-)VINOS CON DENOMINACIÓN DE ORIGEN CALIFICADA.

Estos vinos, además de los requisitos que han de reunir los vinos con D.O. deben cumplir los siguientes requisitos⁶⁴: que haya transcurrido, al menos 10 años desde el reconocimiento como D.O.; que los vinos se comercialicen exclusivamente embotellados desde las bodegas inscritas y ubicadas en la zona geográfica delimitada; que su órgano de control ha de establecer un sistema de control de los vinos no sólo cuantitativo, sino también cualitativo, y desde la producción hasta la salida al mercado; que en las bodegas inscritas (independientes y separadas al menos por una vía pública de otras no inscritas), sólo entre uva procedente de viñedos inscritos o vinos procedentes de otras bodegas inscritas también en la D.O. Calificada; que se elabore o embotelle exclusivamente vino con denominación de origen calificada, o en su caso, vinos de pago calificados ubicados en su territorio; y por último, que dentro de su zona de producción, estén delimitados, para cada término municipal, los terrenos que se consideren aptos para producir vinos con D.O. Calificada.

Por último, en cuanto a la gestión de estos vinos, exige la Ley que esté encomendada a un Consejo Regulador.

d) VINOS DE PAGO (PARAJE O SITIO RURAL).

Estos vinos⁶⁵ se diferencian y distinguen de otros del entorno, por tener un nombre de “pago” vinculado de forma tradicional y notoria al cultivo de los viñedos de los que se obtienen durante al menos cinco años. Cada Comunidad Autónoma limitará la extensión máxima que no podrá ser superior a la de ninguno de los términos municipales en cuyo territorio se ubique el “pago”. Si la totalidad del “pago” se encuentra en el ámbito territorial de una D.O. calificada se podrá denominar “vino de pago calificado”, si cumple los requisitos exigidos para los vinos de Denominación de Origen Calificada y se encuentran inscritos en la misma.

Estos vinos serán elaborados y embotellados por quien ostente la titularidad de los viñedos ubicados en el pago, o excepcionalmente por las bodegas situadas en la proximidad del “pago” y ubicadas en un término municipal para el cual se extienda el vino de “pago” o colindantes.

Por cuanto se refiere a la uva destinada a estos vinos, deberá proceder de los viñedos ubicados en el “pago” y deberá, elaborarse, almacenarse y criarse, en su caso, de forma separada de otros vinos.

Existirá un órgano de gestión del vino de “pago”, salvo que las Comunidades Autónomas eximan de esta obligación cuando haya un número inferior de operadores al determinado legalmente.

XIII.- OTROS ASPECTOS DE LA LEY

Muchos más son los aspectos importantes que la Ley 24/2003 contempla y en los, en este lugar, no puedo entrar. Sin embargo, si destacaré, a vuelapluma, algunos aspectos. Así, en el artículo 25, apartado primero establece que “la gestión de cada vino de calidad con indicación geográfica, denominación de origen, denominación de origen calificada y, en su caso, vino de pago, será realizada por un órgano de gestión en el que estarán representados los titulares de los viñedos y bodegas inscritos en los registros que se establezcan en la norma específica reguladora de los VCPRD. En el apartado décimo del mismo precepto, reserva únicamente el término “Consejo Regulador” para los órganos de gestión de las denominaciones de origen y de las denominaciones de origen calificadas.

Los órganos de gestión tendrán personalidad jurídica propia de naturaleza pública o privada, con plena capacidad de obrar y funcionarán, en régimen de Derecho público o, en su caso, Derecho privado. Se regirán por lo dispuesto en la Ley de la Viña y del Vino, las Leyes sectoriales de las Comunidades Autónomas, las normas específicas de los VCPRD y por lo dispuesto en sus correspondientes estatutos.

Los órganos de gestión, deben ser autorizados por la Administración, estableciéndose su estructura y funcionamiento reglamentariamente en base a dos principios: su funcionamiento no tiene ánimo de lucro y ha de tener la representatividad de los intereses económicos y sectoriales integrados.

Los fines y funciones de los órganos de gestión los contempla el artículo 26 de la Ley 24/2003; se prevé en el artículo 27 un sistema de con-

trol y certificación que establecerá el reglamento de cada VCPRD, que en todo caso estará separado de la gestión del mismo.

Se establece en los artículos 28 a 32 un procedimiento – solicitud, tramitación y resolución-para reconocer un nivel de protección.

Se establece un régimen sancionador – artículo 33 a 45-, señalando por una parte las obligaciones de los interesados, inspección, medidas cautelares, y por otro , señala las infracciones –leves, graves y muy graves- y sus sanciones, junto con las medidas complementarias.

Por último, la Ley se ocupa del Consejo Español de Vitivinicultura, órgano de carácter consultivo adscrito al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación – artículo 46 y ss.-

NOTAS:

¹ La viña ocupa grandes extensiones de tierra, muchas veces árida y con escasez de agua. Hay países donde se riega la vid, llegando a triplicar la producción por hectárea.

² Actualmente la producción media española es aproximadamente de 30 millones de hectolitros, que representan en torno al 4,5% del total de la producción final agraria. Un tercio de esa producción son vinos de calidad, exportándose aproximadamente 10,5 millones de hectolitros, existiendo aún así grandes excedentes que se convierten en alcohol.

³ Entre sus objetivos destacan: mantener el equilibrio entre oferta y demanda, eliminar el recurso a la intervención como salida artificial de la producción excedentaria, apoyar el mercado vitivinícola favoreciendo la continuidad de los abastecimientos en productos de destilación del vino y dar carácter oficial a las agrupaciones de productores y organizaciones sectoriales.

Para lograr estos objetivos. se mantiene la prohibición de plantar viñas hasta el 31 de julio de 2010, salvo excepciones a favor de los vinos de calidad, concentración parcelaria, expropiación,...; se dispone que la autorización de nuevas plantaciones se utilicen dentro de un plazo razonable, o en su defecto, asignarse a un sistema de reservas nacional - regional ; se fomentará el abandono definitivo de la viña en zonas cuya producción se ajusta a la demanda, o en su caso, la reestructuración y reconversión de los viñedos; se prohíben determinadas prácticas enológicas por perjudicar la calidad de los vinos y aún la salud; se establecen nuevas normas sobre designación, denominación y presentación de los vinos teniendo en cuenta los intereses de productores y consumidores y se potencia la función a desarrollar por la agrupación de productores.

⁴ En Castilla-La Mancha ya se habían aprobado anteriormente dos leyes: Ley 2/1999, de 4 de marzo, de creación del Instituto de la Vid y del Vino y la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la Indicación Geográfica de Vinos de la Tierra de Castilla.

⁵ En este caso el Estado miembro ejercita una competencia normativa no autónoma, sino dependiente o subordinada, limitándose al complemento preciso o a la concreción de detalles que, en la regulación de la materia de que se trate, le hayan encomendado las normas

comunitarias, Cfr. DÍAZ FRAILE, J.Mª, *El Derecho comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo normativo en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1990, pp. 205 y ss.

⁶ Vide Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 214, de 12 de diciembre de 2002, p. 10823.

⁷ “El artículo 25.1 de la Constitución Española exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionadores en manos de la Administración”, Vide Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 21 de enero (FJ 9) y Sentencia del Tribunal Constitucional 305/1993, de 25 de octubre (FJ 3).

⁸ El Tribunal Constitucional en dos recientes sentencias 50/2003 y 52/2003, ambas de 17 de marzo de 2003, ha puesto en entredicho al día de hoy la labor inspectora y sancionadora de los Consejos Reguladores de la DO Cava y Rioja que tenían conforme al preconstitucional Estatuto del Vino de 1970, con arreglo al cual los Consejos reguladores tenían facultades inspectoras y sancionadoras, vide sobre el particular GONZALEZ BOTIJA, F. Y SERRANO-SUÑER HOYOS, G. Comentarios a la Ley de la Viña y del Vino, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 59 y ss.

⁹ La Sentencia 42/1987 del Tribunal Constitucional establece que “*el artículo 25.1 de la Constitución Española obliga al legislador a regular por si mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de ley.*”

¹⁰ En los artículos 15 y 16 del Real Decreto 1127/2003, de 5 de septiembre, se refieren a la utilización de la menciones tradicionales complementarias “crianza, reserva y gran reserva”. El susodicho Real Decreto desarrolla el Reglamento 735/2002 de la Comisión que fija determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 1493/1999, en lo que respecta a la designación, denominación, presentación y protección de determinados productos vitivinícolas.

¹¹ Si embargo la Ley 24/2003 de la Viña y del Vino abandona el proceso mixto de “madera y botella” previsto de conformidad con el artículo 8.2 del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, por el que se establecía la normativa a que debía ajustarse las denominaciones de origen y las denominaciones de origen calificadas de vinos y sus respectivos reglamentos.

¹² Vide artículo 3, letra c) de la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino.

¹³ Las autorizaciones de nuevas plantaciones y replantaciones de viñedo se realizarán por las Comunidades Autónomas atendiendo a :

1º-El reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, por el que se establece la nueva OCM vitivinícola y demás normas comunitarias que lo desarrollen.

2º-La Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, y en cuanto no se opongan a ella, por:

I - El Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto, por el que se regula el potencial de producción vitivinícola, modificado en su anexo IV por la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 680/2003, de 21 de mayo, y por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola;

II – El Real Decreto 1227/2001, de 8 de noviembre sobre declaraciones de existencias, cosecha de uva y producción del sector vitivinícola, modificado por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola,

III – El Real 196/2002, de 15 de febrero por el que se regula el establecimiento de reservas de derechos de plantación de viñedo;

3º- La normativa de las Comunidades Autónomas, que con rango de Ley formal – y su correspondiente desarrollo reglamentario, en su caso- existe e en:

I – Cataluña, Ley 15/2002, de 27 de junio, de ordenación vitivinícola, que se ocupa de las denominaciones de origen, sus consejos reguladores y su régimen sancionador, sin ocuparse de las autorizaciones de plantaciones y replantaciones.

II – La Rioja, Ley 87/2002, de 18 de octubre, de vitivinicultura, que se ocupa en los artículos 3 a 7 de las autorizaciones de nuevas plantaciones y replantaciones.

III – Castilla- La Mancha, Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino que regula la materia en los artículos 3 a 7.

IV - País Vasco, Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola.

¹⁴ Cfr. artículo 3.2 del Reglamento 1493/1999.

¹⁵ Artículo 2.1 del Real Decreto 1471/2000. Por otra parte, el Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto regulador del potencial de producción vitivinícola, establece los criterios de reparto de las nuevas superficies que la Unión Europea ha concedido a España para fomentar los vinos de calidad, en el marco del Reglamento del Consejo 1493/1999, de 17 de mayo y desarrollado en el Reglamento de la Comisión 1227/2000, de 31 de mayo de 2000, modificado por los Reglamentos de la Comisión núm. 784/2001, 1253/2001, 1342/2002, 2191/2002, 315/2003 y 571/2003.

¹⁶ Artículo 2.2. del Real Decreto 1471/2000.

¹⁷ Artículo 3 del Reglamento del Consejo 1493/1999 y apartados 6, 7 y 8 del artículo 3 del Reglamento de la Comisión 1227/2000.

¹⁸ Artículo 4.1 del Reglamento 1227/2000.

¹⁹ Artículo 3.2. a y b del Reglamento 1227/2000.

²⁰ Artículo 3.4. a y b del Reglamento 1227/2000

²¹ Artículo 7.1 letra a) del reglamento 1493/1999 define el arranque como la “eliminación total de cepas que se encuentren en un terreno plantado de vid”

²² Cfr. artículo 3.2 del Real Decreto 1472/2000.

²³ Artículos 2.7 y 19.4 del Reglamento 1493/1999. Por ejemplo el arranque de parcelas plantadas infringiendo la prohibición general de plantación hasta julio de 2010, no dará lugar a nueva replantación.

²⁴ Artículo 4.5 del Reglamento 1493/1999

²⁵ DE PABLO CONTRERAS, . (DIR.) El régimen jurídico de las plantaciones y replantaciones de viñedo (Derecho Comunitario, Estatal y de la Comunidad Autónoma de La Rioja), Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2003,pp. 391 y ss.

²⁶ Artículo 5.2. Real Decreto 1472/2000, modificado por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes en el sector vitivinícola

²⁷ En todo aquello que no se oponga a lo establecido a la Ley de la Viña y del Vino de 2003, hay que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola y en el Real Decreto 196/2002, de 15 de febrero por el que se regula el establecimiento de recursos de derechos de plantación de viñedo. En este marco de la normativa estatal, sirva de ejemplo, la Ley 8/2002, de 18 de octubre de viticultura de La Rioja, que establece como requisitos para solicitar la transferencia de las autorizaciones de replantación- artículo 6-: tener inscrita la totalidad del viñedo del adquirente, no haber transferido autorizaciones de replantación durante la campaña en curso ni durante las cinco campañas anteriores, y que las plantaciones a efectuar cumplan la normativa específica de la Denominación de Origen correspondiente o tener derecho a comercializar el vino de mesa producido con indicación geográfica.

²⁸ Artículo 4.2 del Real Decreto 1472/2000.

²⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (DIR.), *El régimen jurídico de las plantaciones y replantaciones de viñedo (Derecho Comunitario, Estatal y de la Comunidad Autónoma de La Rioja)*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2003, pp. 393-394.

³⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *El arrendamiento rústico para plantar y aprovechar viñas y los derechos de viñedo*, Actas de las VI Jornadas de Derecho Agrario: "El régimen Jurídico del Viñedo y tráfico jurídico privado", Logroño, 2002, pp. 81 y ss."

³¹ El artículo 4.4. del real Decreto 1472/200, establece que corresponde a las Comunidades Autónomas la autorización de la transferencia de derechos entre titulares de parcelas que estén situadas dentro de su territorio y, al Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación la autorización de transferencia de derechos entre parcelas que estén situadas en distintas Comunidades Autónomas. Para llevar a cabo una transferencia de las autorizaciones de replantación el artículo 5.1 del Real Decreto establece unos requisitos.

³² El apartado segundo del artículo séptimo del Real Decreto 1472/2000, redactado tras la reforma del Real Decreto 373/2003 de medidas urgentes en el sector vitivinícola, entiende que pueden producirse desequilibrios relevantes en la ordenación territorial del sector vitícola nacional, cuando el saldo de hectáreas transferidas en una Comunidad Autónoma en una misma campaña supere el 0,4 por 100 de su superficie total de viñedo de uva destinada a vinificación". Cuando en campaña se supere ese porcentaje, dicho límite deberá reducirse un cuarenta por ciento durante la campaña inmediata siguiente. El último apartado del artículo séptimo del citado texto legal establece que cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles de tipo socioeconómico o medioambiental lo aconsejen, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a propuesta motivada de las Comunidades Autónomas, puede denegar la autorización de la transferencia de derechos de replantación cuando se pueden producir riesgos graves de desequilibrio en una determinada zona.

³³ Tratando de evitar desequilibrios en la ordenación territorial del sector vitivinícola, el artículo sexto del Real Decreto 1472/2000, prohíbe cualquier autorización cuando se puedan producir los temidos desequilibrios territoriales.

³⁴ Artículo 3 del Real Decreto 1472/200.

³⁵ El Real Decreto 196/2002, de 15 de febrero, regula el establecimiento de reservas de derechos de plantación de viñedo en España.

³⁶ Artículo 2 del Real Decreto 196/2002.

³⁷ En España, el Real decreto 1472/2000, adopta la normativa básica en la materia. Su Capítulo VI (sobre variedades de vid), establece el procedimiento de clasificación (categorías reconocidas para las variedades de uva de vinificación, uva de mesa, uva con destino particular y de portainjertos), incluye una prohibición expresa de plantaciones con variedades no clasificadas – artículo 34- y recoge en su Anexo IV las variedades reconocidas. La Orden APA/680/2003, de 21 de marzo, modificó el Anexo del Real Decreto 1472/2000 para recoger las variaciones sufridas en el mismo como consecuencia de las clasificaciones efectuadas por las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivos territorios de acuerdo con las necesidades de su viticultura.

En los tres últimos apartados del artículo 28 del Real Decreto 1472/2000 se especifica los requisitos que deben cumplir las distintas variedades de vid para poder clasificar en una de las categorías – recomendadas, autorizadas y de conservación vegetal-.

³⁸ La normativa básica se contempla en la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 680/2003, de 21 de marzo por la que se modifica el Anexo IV del Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto. El artículo 31 de este Real Decreto establece que "las

Comunidades Autónomas clasificarán como variedades de vid en su ámbito territorial las variedades de vid de género *Vitis* destinadas a la producción de uva o de material de multiplicación vegetativa de la vid.”

³⁹ Pero existen otros supuestos de arranque de viñedo previstos en la legislación autonómica. Así, sirva de ejemplo, el artículo 9 de la Ley 8/2002, de 18 de octubre de vitivinicultura de La Rioja, al establecer que las superficies de viñedo plantadas a partir del uno de septiembre de 1998, a que hace referencia el apartado séptimo del artículo segundo del Reglamento (CE) 1493/1999, deberán ser arrancados por el propietario de la parcela, sin perjuicio de reclamar su coste al responsable de la plantación ilegal. La consejería de Agricultura podrá ejecutar subsidiariamente la obligación de arranque, si en el plazo de dos meses a contar desde la notificación hecha al efecto, el propietario de la parcela no ejecutara la obligación, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

⁴⁰ Decreto 118/1973, de 12 de enero.

⁴¹ Cfr. artículo 2 del Decreto 118/1973, de 12 de enero.

⁴² Artículo 2.7 del Reglamento 1493/1999.

⁴³ Artículo 13 del Real Decreto 1472/2000.

⁴⁴ Anexo VI, punto C.2, del Reglamento 1493/1999.

⁴⁵ Resulta interesante aludir en este punto a la legislación autonómica en este punto. Por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley 8/2003, de 23 de marzo, de la Viña y del vino de Castilla-La Mancha que contempla la adopción de las medidas necesarias para erradicar o limitar cualquier práctica de cultivo en detrimento de la viabilidad de la viticultura regional. “En particular, se podrá ordenar la implantación obligatoria de sistemas de control del riego en explotaciones o parcelar singulares en la que se declaren altas producciones, atribuibles a riegos excesivos, entendiéndose por tales aquellos que no tengan por objeto el mantenimiento del nivel de humedad vital del viñedo en los periodos de mayor insolación y menores precipitaciones”.

⁴⁶ Vide Anexo V del Reglamento del Consejo 1493/1999, que contempla las operaciones para aumentar el grado alcohólico volumétrico natural dentro de los límites establecidos en el punto D del citado anexo.

⁴⁷ FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La Política Agraria Común, Régimen Jurídico de la Agricultura Europea y Española*, Aranzadi, 2000, pp.329 y ss.

⁴⁸ El artículo 44.3 del reglamento (CE) 1493/1999, permite a los Estado, cuando las condiciones climáticas lo requieran, que autoricen el aumento del grado alcohólico natural, mediante adición de sacarosa o de otros edulcorantes, dentro de unos límites que se señalan en la letra C, Anexo V del Reglamento.

⁴⁹ El reglamento de 23 de marzo de 1972 (anexo 6), Reglamento de Desarrollo del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes- incluía entre las prácticas admitidas en la elaboración de vinos la mezcla de vinos entre sí. Cuando España ingresa en las Comunidades Europeas, se incluye en el Acta de Adhesión -artículo 125- el permitir continuar con esa práctica, dentro de ciertos límites hasta diciembre de 1989. Posteriormente distintos Reglamentos Comunitarios han ido prorrogando esta excepción que permita a España seguir con la práctica enológica de mezclar vinos de mesa blancos con vino de mesa tinto. El vigente Reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, a pesar de mantener la prohibición general, dicha mezcla se autorizó hasta el 31 de julio de 2003 en las regiones en que tal práctica sea tradicional.

⁵⁰ La mezcla es una práctica enológica corriente y dado los efectos que puede tener, es necesario regular su empleo, en particular para evitar su abuso, y eso es lo que hace el

Reglamento de la Unión Europea 1622/2000, de 24 de julio, por el que se fija determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 1493/1999, e introduce un código comunitario de prácticas y tratamientos enológicos.

⁵¹ Artículo 13, del Anexo I del Reglamento (CE) nº 1493/1999.

⁵² La Ley 8/2003, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, distingue entre vino de mesa con indicación geográfica y vino de la tierra. El primero, según el artículo 27.2, podrá consistir en el nombre de un lugar de la Comunidad Autónoma, siempre que no se reserve o esté ya asignado como nombre que deba acompañar a la mención “vino de la tierra” o como nombre de un VCPRD. El vino de la tierra designa un vino de mesa con el nombre que identifique un lugar del territorio de la Comunidad Autónoma que se le reserve en la norma por la que se establezcan las condiciones que deban cumplirse en su producción –artículo 28.1-.

La ley 8/2002, de 18 de octubre de vitivinicultura de La Rioja no contempla un sistema de niveles de vino. Sin embargo la Consejería de Agricultura por Orden 50/2002, de 21 de marzo de 2003, creó la indicación geográfica “vino de la tierra” VALLES DE SADACIA”, teniendo presente lo dispuesto en el Real Decreto 409/2001, de 20 de abril, que ha sido derogado(tras el Reglamento Comunitario (CE) núm. 753/2002 de la Comisión de 29 de abril de 2003 y la Ley 24/2003) por el Real Decreto 1126/2003, de 5 de septiembre, por el que se establecen las reglas generales de utilización de las indicaciones geográficas y la mención tradicional “vino de la tierra” en la designación de los vinos.

⁵³ Real Decreto 1126/2003, de 5 de septiembre, por el que se establecen las reglas generales de utilización de las indicaciones geográficas y la mención tradicional “vino de la tierra” en la designación de los vinos

⁵⁴ Así ocurre con el vino de la tierra “Valles de Sadacia”, siendo la Consejería de Agricultura del Gobierno de La Rioja, la que ha señalado estos requisitos en el Reglamento técnico de la Indicación Geográfica aprobada en la Orden 50/20002, de 10 de marzo de 2003.

⁵⁵ Cfr. el Reglamento (CEE) nº817/70, que reguló por primera vez en el Derecho Comunitario de forma sistemática los VCPRD. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- Caso Comisión /República Italiana As. 141/87- reconoce implícitamente en el régimen de los VCPRD los elementos que conducen a la constatación de la existencia de una Denominación de Origen.

⁵⁶ Artículo 13.4 de la Ley 24/2003.

⁵⁷ Artículo 14 de la Ley 24/2003.

⁵⁸ Artículo 17 de la Ley 24/2003.

⁵⁹ Artículo 18 de la Ley 24/2003.

⁶⁰ Artículo 20 de la Ley 24/2003.

⁶¹ Artículo 21 de la Ley 24/2003.

⁶² Vide con más amplitud estos aspectos a GONZÁLEZ BOTIJA , F., *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 25 y ss.

⁶³ Artículo 22 de la Ley 24/2003.

⁶⁴ Artículo 23 de la Ley 24/2003.

⁶⁵ Artículo 24 de la Ley 24/2003.

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de enero a 30 de junio de 2.005)

María Martín Sánchez

Becaria de Investigación. Área de Derecho Constitucional.

Universidad de Castilla-La Mancha.

Las leyes aprobadas, durante el primer semestre del año 2.005, por las Cortes de Castilla-La Mancha han sido las siguientes:

- Ley 1/2.005, de 31 de marzo, de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005).
- Ley 2/2.005, de 31 de marzo, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005).
- Ley 3/2.005, de 28 de abril, de Declaración del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima (BOCCM núm. 80, de 2 de mayo de 2.005).
- Ley 4/2.005, de 12 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (BOCCM núm. 84, de 16 de mayo de 2.005).
- Ley 5/2.005, de 16 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 91, de 17 de junio de 2.005).

1.- Ley 1/2.005, de 31 de marzo, de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005).

Esta Ley nace al amparo de lo previsto en el artículo 31.1.20ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, según el cuál la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene competencias exclusivas en materia de promoción y ayudas a los jóvenes.

En virtud de dicho precepto se creó en su momento, a través de la Ley 2/1986, de 16 de abril, el Consejo Regional de la Juventud de Castilla-La Mancha. Sin embargo, tanto la Junta de Comunidades como las propias asociaciones y movimiento asociativo de jóvenes que integran el Consejo Regional de la Juventud, consideran necesaria una reforma legislativa que se adecue mejor a las necesidades y exigencias de las asociaciones juveniles de nuestra Región.

Además, para la aprobación de esta Ley, así como para su elaboración, se ha tenido en cuenta el importante trabajo llevado a cabo con sector juvenil de la población desde los Consejos de la Juventud, ya que estos actúan como colaboradores de las Administraciones Públicas.

El objetivo de la presente Ley, por lo tanto, no es otro que conseguir una mejor organización de los Consejos de la Juventud, garantizando así la máxima participación de la juventud en el desarrollo en todos los ámbitos -político, social, económico y cultural-, siguiendo las directrices marcadas por el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Un nuevo impulso para la juventud europea” (en él se señala que no se puede excluir la participación de los jóvenes ya que, excluir a los jóvenes excluirlos supondría un obstáculo para que la democracia funcione plenamente).

La Ley consta de quince artículos estructurados en dos Títulos, dos Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, y dos Disposiciones Finales.

El **Título I**, denominado “**El Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha**”, abarca todos los aspectos de la regulación del Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha. A su vez, este Título I, se estructura en cuatro Capítulos:

En el **Capítulo I –Naturaleza, régimen jurídico, objetivos, fines y funciones-**, se definen los conceptos más genéricos del Consejo, tal y como indica su encabezamiento. Cabe destacar su naturaleza, ya que siendo una entidad de Derecho Público tiene elementos propios del derecho privado debido a su base corporativa. En cuanto a su definición, el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha queda concebido como “el

máximo órgano de representación de las asociaciones juveniles que estén inscritas en el Registro de Asociaciones Juveniles y Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud de Castilla-La Mancha". Entre sus objetivos, puede destacarse, como ya señalamos anteriormente, el fomento de la libre participación de la juventud en el desarrollo de la Región.

En el **Capítulo II –Composición-**, se regulan los criterios de pertenencia al Consejo, adaptando su composición a la estructura asociativa juvenil actual. Se distinguen en la Ley a estos efectos, los que pueden ser miembros del Consejo con voz y voto y aquéllos otros que pueden serlo con voz pero sin voto.

En el **Capítulo III –Órganos-** se regula la composición orgánica del Consejo. De este modo, se prevé que éste estará compuesto de *Órganos Colegiados* –Asamblea, Comisión Permanente, Comisión de Responsables y Comisiones Especializadas-, y de *Órganos Unipersonales* –Presidencia, Vicepresidencia o Vicepresidencias, Secretaría y Tesorería-. El órgano supremo del Consejo de la Juventud es la **Asamblea**, compuesto por los delegados de las organizaciones y entidades pertenecientes al Consejo. La **Comisión Permanente** es el órgano rector y ejecutivo, elegido por la Asamblea, y compuesto por la Presidencia, la Vicepresidencia o Vicepresidencias –en su caso-, la Secretaría, la Tesorería y las Vocalías determinadas reglamentariamente en desarrollo de la presente Ley. La **Comisión de Responsables** es un órgano consultivo de la Comisión Permanente, compuesto por un representante de cada de las Entidades miembros del Consejo de la Juventud. Las **Comisiones Especializadas** se encargan de estudiar temas concretos.

En el **Capítulo IV –Recursos económicos y presupuesto-**, se indica los recursos económicos con los que cuenta el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha para llevar a cabo su labor, así como el modo de elaborar su presupuesto anual. Así, entre sus recursos económicos, puede señalarse: dotaciones específicas previstas en los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuotas o aportaciones de sus miembros, subvenciones públicas, donaciones privadas, los rendimientos de las actividades del Consejo o de

su patrimonio, entre otros. En cuanto a su presupuesto anual, la Ley prevé que el Consejo deberá comunicar a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el presupuesto que ha elaborado.

El **Título II**, denominado “**De los Consejos de ámbito territorial inferior**”, como su nombre indica, regula los Consejos de ámbito territorial inferior, unificando los criterios de creación, adscripción y reconocimiento de dichos Consejos en sus respectivos ámbitos. Son objeto de desarrollo en esta Ley los **Consejos Locales de la Juventud**, de idéntica naturaleza que el de ámbito regional, pero a nivel local. Igualmente, se prevé la existencia de **Consejos Comarcales y Mancomunados de la Juventud**, cuando el ámbito territorial de representación de las asociaciones a las que representan coincida con el de una comarca o con el de una mancomunidad. Finalmente la Ley prohíbe la existencia de más de un Consejo de la Juventud en el mismo ámbito local, comarcal o mancomunado, permitiendo, sin embargo, la integración de un Consejo Local en uno Mancomunado y Comarcal, y sin que esto impida o dificulte su pertenencia al Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha.

Por último, completan la Ley varias Disposiciones, destacando la Disposición Derogatoria Segunda en la que específicamente queda derogada la Ley 2/1986, de 16 de abril, sobre creación del Consejo Regional de la Juventud de Castilla-La Mancha y todas las normas de inferior rango a la presente Ley que la contradigan.

2.- Ley 2/2.005, de 31 de marzo, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005).

La presente Ley se aprueba con el propósito de contribuir con el reto de mejorar y elevar el nivel de calidad del sistema universitario español. Se fundamenta así en la Ley Orgánica 6/2.001, de 21 de diciembre, de Universidades, en la que se marcó como uno de sus principales objetivos mejorar la calidad del sistema universitario español. Para ello, a través de la citada Ley, se creó la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación –ANECA-, previendo además la posibilidad de creación por

parte de las Comunidades Autónomas de sus propios organismos que desarrollen estas competencias en su ámbito territorial.

Además, no puede obviarse que el propio Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye a la Junta de Comunidades la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en todos sus niveles.

Se trata de una Ley de estructura sencilla, compuesta por trece artículos y completada por tres Disposiciones Finales.

Tal y como establece el *artículo 1 –creación de la agencia-*, la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha “*ejercerá, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, las funciones establecidas en el Título V de la Ley Orgánica 6/2.001, de 21 de diciembre, de Universidades, y en la presente Ley*”. Se constituye como organismo autónomo adscrito a la Consejería de Educación, y su funcionamiento se rige por los principios de **independencia e imparcialidad** de sus órganos y por la **objetividad y publicidad** de sus procedimientos.

Entre los objetivos de la Agencia destaca el objetivo primordial por el que este organismo fue creado, esto es, “*la mejora continua de la calidad de la docencia, de la investigación y de la gestión del conjunto del sistema universitario de Castilla-La Mancha*”, orientándola a su plena integración en el espacio europeo de educación superior. Para la consecución de esta meta, corresponden a la Agencia funciones tales como: la evaluación, acreditación y certificación de las enseñanzas oficiales y sus planes de estudio; la evaluación y acreditación de las actividades del personal universitario –docentes, investigadoras y de gestión-; la determinación de los criterios y la evaluación de las solicitudes del personal universitario para la obtención de complementos retributivos; la evaluación y acreditación de los programas, servicios y actividades de gestión de los centros universitarios; la valoración de la calidad conjunta del sistema universitario de la Comunidad; el estudio de la mejora e innovación de los modelos de calidad y acreditación; la emisión de informes de calidad; el establecimiento de vínculos de cooperación con otros organismos autonómicos que desempeñen las mismas funciones de evaluación y acreditación, entre otras.

Tal y como se prevé en su *artículo 5 –relaciones de colaboración*, la Agencia colaborará en los programas de calidad de otros organismos autonómicos, estatales, comunitarios, e internacionales. Especialmente, mantendrá una estrecha relación de colaboración con la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, sobre todo para la homologación de sistemas de evaluación, acreditación y certificación.

En cuanto a la organización de la Agencia, sus órganos de gobierno y dirección son: la persona titular de la Dirección y el Consejo. La persona titular de la **Dirección** es nombrada por periodo de cinco años, por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha. El **Consejo** es el órgano de deliberación y aprobación de la Agencia. Este órgano está integrado a su vez por: el Presidente, que será el Titular de la Consejería de Educación; el Vicepresidente, cargo ocupado por el Director de la Agencia; y los Vocales, constituidos por: el Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha; Viceconsejero de Universidades, Investigación e Innovación; Director General de Presupuestos y Planificación Económica de la Consejería de Economía; Director General de Coordinación y Política Educativa; Presidente del Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha; Rectores de las universidades privadas o públicas que presten sus servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; cuatro vocales nombrados por el Consejero de Educación en representación de todos los campus de la Universidad de Castilla-La Mancha, a propuesta del Consejo Social, nombrados entre doctores de la Universidad; cuatro vocales nombrados por el Consejero de Educación, nombrados de entre profesores doctores de la universidad española o de otros países comunitarios o terceros países con cualificación equivalente.

Los órganos de gestión son la **Secretaría-Gerencia** y las Comisiones de Evaluación. La Secretaría es el órgano encargado de la gestión del funcionamiento de la Agencia. Las **Comisiones de Evaluación** se encargan de las funciones de evaluación, acreditación y certificación de la Agencia, desarrolladas a través de la *Comisión de Evaluación de la Calidad*, la *Comisión de Evaluación de la Investigación*, o de cualquier otra comisión que se pueda crear. Además, la Agencia cuenta con un **Consejo de Expertos**, convocado anualmente por el Presidente de la Agencia, encargado de emitir un informe que será elevado al Consejo Rector.

En cuanto al funcionamiento de la Agencia, cabe destacar el cumplimiento de un principio básico en el ejercicio de sus funciones: **confidencialidad** de las informaciones, garantizando así el cumplimiento de lo previsto en la Ley Orgánica 15/1.999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

Respecto a su régimen económico y financiero, se prevé en la Ley que la Agencia estará sometida al régimen establecido por la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha –*artículo 12*-.

Finalmente, el texto se cierra con tres Disposiciones Finales.

3.- Ley 3/2.005, de 28 de abril, de Declaración del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima (BOCCM núm. 80, de 2 de mayo de 2.005).

La presente Ley es aprobada en cumplimiento del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los calares y cabeceras de los ríos Mundo, Tus y Guadalimar, aprobado mediante Decreto 160/2.002. De este modo, los objetivos del citado Plan son: asegurar la conservación de los valores naturales más significativos de las zonas protegidas, restaurar dichos valores cuando se encuentren dañados, fomentar el aprovechamiento tradicional y el turismo de la naturaleza y asegurar un desarrollo sostenible.

El espacio natural protegido a través de esta Ley tiene una gran importancia desde el punto de vista de la conservación del patrimonio geológico, la biodiversidad y el paisaje de Castilla-La Mancha. Cuenta, además de su extensión natural y otras riquezas geológicas, con un elevado número de especies incluidas en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas –de flora y de fauna-. En suma, todo ello la ha configurado como un área importante para la conservación de la biodiversidad de la Unión Europea, susceptible de formar parte de la Red Natura 2.000.

La presente Ley, sustancia la aplicación del régimen de protección previsto en el Plan de Ordenación para la zona propuesta como Parque Natural.

La Ley consta de diez artículos, seguidos de una Disposición Adicional y cuatro Disposiciones Finales, y se completa con tres Anejos: Anejo 1 –“*Límites del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima*”-; Anejo 2 –“*Clasificación y regulación general de los usos, los aprovechamientos y las actividades en el Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima*”-; y Anejo 3 –“*Límites y normativa aplicable a los usos, aprovechamientos y actividades de la zona periférica de protección de los cursos fluviales del Tus*”-.

Con la declaración de Parque Natural al territorio de los calares del Mundo y de la Sima (territorio descrito en el anejo 1 de la Ley), se establece un marco jurídico idóneo para otorgar una atención especial y preferente a la conservación de los recursos naturales de dicho territorio. De esta manera, la regulación relativa a los usos, aprovechamientos y actividades, será la contenida en la presente Ley. Asimismo, la Ley prevé la elaboración de un Plan Rector de Uso y Gestión por parte de la Consejería competente en materia de Medio Ambiente –*artículo 4-*, como instrumento de planificación.

En cuanto a sus órganos, la Ley establece la existencia de dos figuras: el *Director-Conservador*, como responsable de la gestión del Parque Natural; y la *Junta Rectora*, como órgano consultivo.

Completan la Ley una Disposición Adicional Única y cuatro Disposiciones Finales. Por último, se añaden tres Anejos –anteriormente mencionados-, en los que se especifican cuestiones de detalle de las zonas afectadas.

4.- Ley 4/2.005, de 12 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (BOCCM núm. 84, de 16 de mayo de 2.005).

La mediación familiar es un método de resolución de los conflictos familiares, especialmente los derivados de rupturas de pareja. Esto se debe a la dificultad de resolución de este tipo de conflictos con la eficacia y la rapidez necesarias, por parte de los órganos judiciales por su sobre-

carga de trabajo. Además, a este motivo, habría que sumar otros como su carencia de especialización en conflictos familiares y la falta de equipos profesionales especializados de apoyo, imprescindibles en temas delicados de esta índole, como los psicólogos. En numerosos casos, los Juzgados dictan resoluciones familiares según las cuales las medidas adoptadas para los cónyuges les resultan completamente ajenas a sus intereses sin ofrecerles solución satisfactoria a su situación, sino incluso a veces, complicándola más aún. La mediación familiar, además de tener en cuenta directamente los intereses de las partes implicadas, a través del acuerdo, protege de un modo global y más adecuado a los hijos menores implicados involuntariamente en la ruptura.

En nuestra Comunidad, la mediación familiar ya se preveía en la Ley 3/1.986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, configurándose como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia –artículo 11-, cuyo objetivo es orientar y asesorar a las familias para favorecer el desarrollo de la convivencia. En dicha Ley, se reconoce junto a la gestión directa de los recursos sociales como servicios públicos, la obligación de colaborar con la iniciativa social privada con la finalidad de satisfacer las demandas de los ciudadanos.

De este modo, y para conseguir una mejora en la resolución de conflictos familiares en nuestra Comunidad, se aprueba la Ley 4/2.005, de 12 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

La Ley consta de treinta y tres artículos, estructurados en seis Capítulos, y varias Disposiciones que la completan: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, y tres Disposiciones Finales.

El **Capítulo I –disposiciones de carácter general-**, contiene las cuestiones más genéricas. Comienza en su *artículo 1* definiendo la **mediación familiar**, puesto que es su regulación el objeto de la Ley; así, la mediación familiar se concibe como “*método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia*”. La mediación familiar consistiría en la intervención de una tercera parte imparcial y neutral en un conflicto familiar, voluntariamente solicitada por las par-

tes interesadas, para asesorarlas y conducir las a un acuerdo que termine con el conflicto.

Esta Ley sólo podrá aplicarse –*artículo 2*- a las actuaciones de mediación familiar desarrolladas total o parcialmente en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, bien por mediadores particulares, bien por entidades acreditadas públicas o privadas que actúen profesionalmente en dicho ámbito territorial.

Se rigen por esta Ley tanto la *mediación familiar en ruptura de parejas*, en cuyo caso la persona mediadora será la encargada de interceder para llegar a un acuerdo sobre la liquidación de bienes y patrimonio común, determinación de la persona bajo cuya guarda quedan los hijos, régimen de visitas, y cuantas más cuestiones queden por resolver entre la pareja en crisis; como la *mediación familiar internacional*, llamada así cuando concurre un elemento personal de extranjería.

Otro dato interesante de esta Ley es que la mediación familiar prevista en ella será aplicable también a los conflictos familiares surgidos en parejas de hecho, sin exigirles el vínculo matrimonial. Asimismo, se contempla la aplicación de la mediación familiar en los conflictos relativos al derecho de alimentos entre parientes, a las relaciones personales del menor con sus parientes y allegados y al ejercicio de la patria potestad o de la tutela o curatela. Con el fin de garantizar una correcta prestación de este servicio de mediación familiar, se exige que quienes realizan la mediación cuenten con una determinada cualificación profesional y estén inscritos en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha –*artículo 6*-.

El **Capítulo II –principios y coste de la mediación familiar-**, recoge en dos artículos los principios y el coste de la mediación familiar. Los principios básicos de la mediación familiar son: *voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad*. En cuanto al coste, la presente Ley prevé su gratuidad.

El **Capítulo III –estatuto del mediador-**, configura el estatuto jurídico del mediador, es decir, el conjunto de deberes y derechos que confi-

guran su estatus, así como las causas de abstención para ejercer su función. Entre estas causas la Ley señala: la existencia de un vínculo de parentesco por consanguinidad con alguna de las partes implicadas en el conflicto, la existencia de una íntima amistad o enemistad manifiesta con alguna de las partes, y la existencia de un conflicto de intereses con alguna de las partes, por poner en peligro en cualquiera de los tres supuestos la debida y necesaria imparcialidad.

El **Capítulo IV –procedimiento de mediación familiar–**, regula extensamente todo el procedimiento de mediación familiar, caracterizado por su antiformalismo, flexibilidad e inmediatez. Es preciso reseñar el carácter especialmente protector de los intereses de los menores e incapaces en los procedimientos de mediación familiar, tal y como prevé la Ley en su *artículo 14*; de este modo, el mediador otorgará una tramitación preferente a los procedimientos que afecten a dichos intereses, velando especialmente por los intereses de estas personas.

El procedimiento de mediación judicial puede comenzar en cualquier momento: antes del comienzo de un proceso judicial, durante el transcurso del mismo o incluso una vez concluido éste por resolución judicial firme. Si las partes deciden libremente acudir al procedimiento de mediación familiar, una vez comenzado el proceso judicial, deberán acreditar al mediador la suspensión de dicho proceso por mutuo acuerdo. Una vez finalizado el procedimiento de mediación, las partes deberán comunicar al Juzgado el resultado del mismo.

El procedimiento de mediación familiar se puede iniciar: bien a petición de las partes en conflicto de común acuerdo, bien a petición de una de las partes con la aceptación posterior de la otra. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no podrá iniciarse el procedimiento de mediación familiar cuando el mediador tenga constancia de la existencia de malos tratos a hijos menores o al otro miembro de la pareja –*artículo 17*–.

El procedimiento de mediación podrá terminar por distintas causas: por consecución de un acuerdo entre las partes, por desistimiento de una de las partes, por decisión de la persona mediadora en alguno de los supuestos previstos legalmente –*artículo 17*–, o por el transcurso del plazo

máximo de tres meses de duración previsto legalmente para este tipo de procedimiento –*artículo 21*- sin alcanzar el acuerdo. La persona mediadora extenderá un acta final en la que hará constar la causa de terminación del procedimiento de mediación –*artículo 22*-. En caso de alcanzar el acuerdo, las partes podrán recogerán los acuerdos logrados en el *convenio regulador* que habrán de presentar, en su caso, ante el Juzgado para su aprobación a través del cauce procesal correspondiente.

El **Capítulo V –Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha-**, se dedica plenamente a dicho ente. El Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-la Mancha, se configura como un instrumento al servicio de la Administración regional y de los ciudadanos, como garantía de la profesionalidad de las personas que se dedican al ejercicio de actividades de mediación familiar, en el ámbito autonómico –*artículo 27*-.

El **Capítulo VI –régimen sancionador-**, regulador del régimen sancionador del procedimiento de mediación familiar, prevé los órganos y el procedimiento sancionador aplicable a las personas mediadoras de conflictos que incurran en responsabilidades administrativas o incumplan los deberes establecidos en esta Ley. Igualmente establece distintas clases de sanciones administrativas aplicables en función de las distintas infracciones existentes –infracciones leves, graves y muy graves-. La competencia para imponer las sanciones corresponde a la Consejería competente en materia de servicios sociales, sin perjuicio de la que corresponde a los Colegios Profesionales respecto al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre las personas colegiadas, según lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Cierran la Ley dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y tres Disposiciones Finales.

5.- Ley 5/2.005, de 16 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 91, de 17 de junio de 2.005).

La presente Ley se aprueba con la pretensión de acercar al ciudadano el servicio farmacéutico, por considerarlo un servicio básico. Cuenta

con un importante precedente, la Ley 4/1.996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, cuya pretensión era alcanzar una regularización global de todos los ámbitos donde se presta dicho servicio.

A la citada Ley le sucedieron varias reformas. La Ley 4/1.998, de 9 de junio, con la que se permitió el acceso de nuevos profesionales a las oficinas de farmacia, garantizado bajo las condiciones de concurrencia y publicidad y siguiendo los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad. Y la Ley 10/2.000, de 26 de diciembre, con la que se permitió la apertura de nuevas oficinas de farmacia en núcleos poblacionales de más de 1.000 habitantes, a partir de 500 metros de la oficina de farmacia más cercana –con el objetivo de garantizar el acercamiento a los ciudadanos-.

Además, el Tribunal Constitucional reconoció en su Sentencia de 5 de junio –STC 109/2003-, el derecho a la transmisión de las oficinas de farmacia y a constituir cotitularidades.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional junto con las reformas sufridas por la original Ley 4/1996, de Ordenación del Servicio Farmacéutico en Castilla-La Mancha, han llevado a la necesidad de elaborar una nueva Ley. Así, se aprueba la presente Ley 5/2.005, de 16 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico en Castilla-La Mancha, con el objetivo esencial de garantizar la eficacia y seguridad jurídica en su aplicación, y los derechos y libertades de los ciudadanos.

La Ley que nos ocupa consta de noventa y tres artículos repartidos a través de ocho Títulos, divididos a su vez en sus correspondientes Capítulos. Además, cuenta con dos Disposiciones Adicionales, diez Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

El **Título I –“Disposiciones Generales”-**, incluye: el **Capítulo I –ámbito y definiciones-**, en el que se recogen los establecimientos autorizados para la asistencia farmacéutica. El **Capítulo II –autorizaciones-**, en el que se prevé la necesidad de los establecimientos y servicios encar-

gados de la asistencia farmacéutica, de contar con una autorización previa a su instalación, funcionamiento, modificación, traslado o cierre. El **Capítulo III –actuaciones-**, recoge diferenciadamente: las *actuaciones de la administración sanitaria (sección 1ª)* y las *actuaciones de los profesionales farmacéuticos (sección 2ª)*. El **Capítulo IV –derechos y deberes-**, prevé, de un lado, los derechos y deberes de los ciudadanos; de otro lado, la obligación de la Administración Sanitaria a garantizar el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico.

El Título II –“La asistencia farmacéutica en el nivel de la atención primaria”, abarca: el **Capítulo I –la oficina de farmacia-** prevé en su *artículo 18* que la asistencia prestada a través de las oficinas de farmacia ha de ser continuada –garantizada mediante sistemas de turnos, guardias,...-. También se regula en este Capítulo la titularidad de las oficinas de farmacia, especificándose que sólo los farmacéuticos podrán ser titulares y propietarios. Además, la Ley establece que las oficinas deberán garantizar la presencia continuada del farmacéutico o farmacéuticos durante el horario de apertura al público. Así mismo, existen otras figuras previstas por la Ley como son: farmacéutico sustituto o farmacéuticos adjuntos, dejando a un lado el personal auxiliar, el cuál desempeña otras tareas. En el **Capítulo II –los botiquines farmacéuticos-**, se regula el establecimiento de botiquines, en aquellos núcleos de población que no cuenten con farmacia. Éstos, deberán ser igualmente autorizados. En el **Capítulo III –los servicios farmacéuticos de atención primaria-** se regula la asistencia farmacéutica en los centros de salud y de atención primaria.

El Título III –“La asistencia farmacéutica en los centros hospitalarios”- incluye a su vez: el **Capítulo I –los servicios de farmacia de los centros hospitalarios-** prevé que, en los centros hospitalarios, los farmacéuticos llevarán a cabo un servicio integrado en el resto de actividades de la atención hospitalaria. El **Capítulo II –los depósitos de medicamentos de los centros hospitalarios-** regula la tipología, funciones y condiciones de los depósitos de medicamentos en centros hospitalarios. El **Capítulo III –requisitos mínimos de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos reguladores-**, especifica las condiciones que deberán cumplir las localizaciones de dichos depósitos.

El Título IV –“La asistencia farmacéutica en centros sociosanitarios, otros centros sanitarios y centros penitenciarios”-, establece que la determinación de los centros sociosanitarios en los que la asistencia farmacéutica se deba llevar a cabo a través del servicio de farmacia o de depósito de medicamentos se realizará reglamentariamente.

El Título V –“Almacenes de distribución”-, regula la utilización de almacenes mayoristas para facilitar la distribución de los productos farmacéuticos desde los laboratorios fabricantes hasta las oficinas de farmacia.

El Título VI –“Los establecimientos autorizados para la dispensación de medicamentos veterinarios”-, establece que queda prohibida la posesión de medicamentos veterinarios con fines industriales o comerciales, salvo que se tenga autorización expresa de la Consejería de Sanidad, previo informe favorable de la Consejería competente en materia de agricultura –*artículo 72*-.

El Título VII –“Régimen de incompatibilidades”-, recoge en su artículo 80 las incompatibilidades previstas por la Ley para el ejercicio profesional del farmacéutico en las oficinas de farmacia a las que se refiere dicha Ley.

El Título VIII –“Régimen sancionador”- prevé: responsabilidad administrativa y responsabilidad penal, según el caso, previstas en los supuestos en que se incurra en alguna de las infracciones previstas en la Ley –bien infracción administrativa o bien infracción constitutiva de delito-.

Finalmente, la Ley se completa con dos Disposiciones Adicionales, diez Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, y dos Disposiciones Finales.

DICTAMENES

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE
CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY
SOBRE DECLARACIÓN DE VOLUNTADES ANTICIPADAS
EN MATERIA DE LA PROPIA SALUD**

Resulta de los **ANTECEDENTES**

Primero.- Con fecha 26 de agosto de 2004, la Directora General de Evaluación e Inspección dependiente de la Consejería de Sanidad suscribió una "*Memoria general y económica del anteproyecto de Ley sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud*". La citada Memoria comienza haciendo una breve exposición del marco normativo en el que incardinar el proyecto normativo aludiendo además a las recientes leyes aprobadas por otras Comunidades Autónomas en la materia (como es el caso de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la Sanidad en el País Vasco, o la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía), y al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, y cuya entrada en vigor para el Estado Español tuvo lugar el 1 de enero de 2000; documento éste que contempla expresamente en su articulado la posibilidad de que cualquier persona exprese sus deseos con anterioridad a una intervención médica, en el caso de que, llegado el momento, no se encuentre en situación de expresar su voluntad. Tras referirse seguidamente a la competencia de la Comunidad Autónoma afrontar tal regulación, contenida en el artículo 32.4 de su Estatuto de Autonomía, en la citada Memoria se expresa como objetivo principal de la norma el de dar un trato especial al derecho de autonomía que asiste a los pacientes mediante un instrumento que se ha dado en llamar declaración de voluntad vital anticipada. A continuación se señala que para la ejecución del contenido de la Ley no son necesarios medios materiales o personales adicionales a los que ya cuenta la Consejería de Sanidad, y que su aprobación no tendrá ninguna incidencia económica por cuanto su aplicación puede ser asumida completamente a través de los medios materiales y personales de los que dispone la indicada Consejería. Finalmente se describe brevemente el contenido que habrá

de ser objeto de regulación en el anteproyecto de Ley y se concluye resaltando la conveniencia de que el rango normativo de la regulación proyectada sea el de una Ley formal, habida cuenta que en la misma se incluirán los derechos de las personas a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que puedan ser objeto.

Segundo.- Figura a continuación en el expediente remitido un primer borrador de anteproyecto de Ley, de fecha 15 de septiembre de 2004, cuyo texto fue remitido a diversos organismos, entidades, corporaciones profesionales, y asociaciones concernidos por la iniciativa normativa, invitando a los destinatarios a efectuar las alegaciones que estimaran convenientes en relación con el texto elaborado.

Fruto de esta actuación ha sido la incorporación de los escritos de alegaciones en relación con el referido texto presentados por: el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha; el Colegio Notarial de Albacete; la Unión de Consumidores de Castilla-La Mancha; y la Unión de Consumidores de Castilla-La Mancha.

Tercero.- La Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad emitió informe en relación con el anteproyecto de Ley con fecha 22 de octubre de 2004. En dicho informe se alude al marco normativo en el que se incardina tal iniciativa legislativa, ya citado en el antecedente primero, así como a la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en la materia, contenida en el artículo 32.2 de su Estatuto de Autonomía, que atribuye a aquélla el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, en el marco de la legislación básica del Estado, conformada en el presente caso, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se expresa seguidamente que el objeto de la regulación sería el derecho que asiste a toda persona a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de la capacidad de consentir por sí misma. Seguidamente se resaltan algunos de los aspectos que son objeto de regulación en el anteproyecto de Ley, tales como los procedimientos para hacer efectiva la declaración, la posibilidad de revo-

car en cualquier momento la misma, o la creación del Registro de Voluntades Anticipadas encargado de custodiar y conservar las declaraciones, y se concluye informando favorablemente aquél por respetar el ordenamiento jurídico que resulta de aplicación.

Cuarto.- Consta a continuación en el expediente remitido un segundo borrador de anteproyecto de Ley, fechado a 5 de noviembre de 2004, así como el informe favorable al mismo, emitido por el Gabinete Jurídico con fecha 12 de noviembre de 2004, en el que además se advierte de la necesidad de incorporar al texto algunas de las sugerencias formuladas durante el trámite de información pública.

Quinto.- Se integra seguidamente en el expediente remitido un tercer borrador de anteproyecto de Ley, de fecha 22 de noviembre de 2004, cuyo texto fue elevado por el Consejero de Sanidad al Consejo de Gobierno acompañado de una propuesta de toma en consideración del mismo, incluyendo a estos efectos los informes emitidos por la Secretaría General Técnica y por el Gabinete Jurídico.

Asimismo, y según se acredita con la certificación expedida por el Consejero de Presidencia, en su calidad de Secretario del Consejo de Gobierno, en reunión de fecha 21 de diciembre de 2004, dicho órgano tomó en consideración el anteproyecto de Ley sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de propia salud, al tiempo que acordó su remisión al Consejo Económico y Social y al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Sexto.- El Consejo Económico y Social emitió dictamen favorable al anteproyecto de Ley en su sesión de 2 de febrero de 2005.

Como observaciones de carácter general, en el referido dictamen se valora positivamente el hecho de que, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, se haya decidido elaborar una ley específica para regular la "*Declaración de Voluntades Anticipadas*", lo que implica una decidida voluntad política de destacarlo sobre el resto de las prerrogativas que incumben al paciente para acabar trascendiéndolo del estricto ámbito sanitario. A continuación se formulan una serie de sugerencias a fin de

completar el contenido del anteproyecto tales como la necesidad de encontrar algún mecanismo que garantice al médico que el documento presentado realmente es expresión de la última voluntad del declarante, o la de exigir que el representante deba aceptar su condición de tal. Finalmente se efectúan una serie de observaciones concretas al articulado del anteproyecto para concluir dictaminando favorablemente el mismo.

Séptimo.- El texto del anteproyecto de Ley que se somete a dictamen es de fecha 4 de febrero de 2005, y consta de Exposición de Motivos, diez artículos, una Disposición Adicional y dos Finales.

La Exposición de Motivos comienza aludiendo al marco normativo en el que se inserta la iniciativa legislativa adoptada citando a estos efectos el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina suscrito el Oviedo el 4 de abril de 1997; el artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho a la protección de la salud; y el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que reconoce el derecho a la información clínica sobre la propia salud, fomentando la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud mediante la facultad de adoptar diversas decisiones sobre la misma. Seguidamente se alude a la competencia autonómica que ampara tal iniciativa, contenida en el artículo 32.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, y a la legislación básica del Estado en la materia contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Se expresa seguidamente como objetivo principal de la Ley regular el derecho que asiste a toda persona a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro en el supuesto de que, llegado el momento, no goce de la capacidad de consentir por sí misma, y se resaltan algunos de los extremos que son objeto de regulación, para culminar señalando la Ley mejora la atención sanitaria a los ciudadanos en Castilla-La Mancha y dota de instrumentos seguros a los profesionales sanitarios que se enfrentan a situaciones clínicas extremas.

El artículo 1, "*Objeto de la Ley*", determina como tal la regulación de la declaración de voluntades anticipadas en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha.

El artículo 2, “*Concepto de declaración de voluntades anticipadas*”, define como tal la manifestación libre suscrita por una persona capaz para decidir su asistencia sanitaria o el destino de su cuerpo y órganos, en las situaciones que le impidan expresar personalmente su voluntad.

El artículo 3, “*Capacidad para otorgar la declaración*”, considera persona capaz al mayor de edad no incapacitado.

El artículo 4, “*Contenido de la declaración*”, describe en el apartado 1 el contenido que podrá tener la declaración de voluntades anticipadas, y en el apartado 2 regula quién podrá ser representante.

El artículo 5, “*Requisitos de la declaración*”, establece los extremos que habrá de contener la declaración de voluntades y determinada que el otorgado ante notario se formalizará conforme a la legislación notarial.

El artículo 6, “*Formalización del documento*”, determina que el documento en el que se expresa la declaración podrá otorgarse, ante notario, ante un funcionario del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha o ante tres testigos.

El artículo 7, “*Modificación, sustitución o revocación de la declaración*”, establece la posibilidad de que el documento de voluntades anticipadas pueda ser modificado, sustituido por otro o revocado en cualquier momento.

El artículo 8, “*Eficacia de la declaración*”, determina que las voluntades anticipadas, formuladas conforme a lo dispuesto en la Ley, obligarán al médico o equipo sanitario, y prevalecerán sobre la opinión o indicaciones de familiares, salvo que las instrucciones en ellas incluidas resulten contrarias al ordenamiento jurídico, a la buena práctica médica, o no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

El artículo 9, “*El Registro de Voluntades Anticipadas*”, crea el citado Registro que dependerá de la Consejería competente en materia de

salud, remite a un futuro desarrollo reglamentario su organización y funcionamiento, y dispone que habrá de guardar la debida coordinación con el Registro Nacional de Instrucciones Previas creado por el Ministerio competente en materia de sanidad.

El artículo 10, "*Comunicación de las voluntades anticipadas al médico o al centro sanitario*", establece los supuestos en los que el documento de voluntades anticipadas deben entregarse bien forzosamente, bien de forma voluntaria en el centro sanitario donde su otorgante sea atendido, y regula la forma en que se ha de efectuar tal entrega.

La Disposición Adicional impone al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el establecimiento del procedimiento que garantice el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento de declaraciones anticipadas.

La Disposición Final Primera encomienda al Consejo de Gobierno que proceda en el plazo máximo de 6 meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, a la aprobación del Reglamento que regule la organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. Por último, la Disposición Final Segunda determina que la entrada en vigor de la Ley tendrá lugar al mes de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el que tuvo entrada el día 11 de febrero de 2005.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

El artículo 54.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que este último órgano deberá ser consultado en los Anteproyectos de Ley.

Procede, en consecuencia, emitir el presente dictamen sobre el anteproyecto de Ley sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud el carácter preceptivo que le impone el citado precepto.

II

Se analiza en la presente consideración el procedimiento sustanciado para la elaboración del anteproyecto de Ley sometido a dictamen.

El artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que el Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa mediante Proyectos de Ley, determinando que los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como Anteproyectos de Ley elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración de dicho órgano ejecutivo colegiado.

Continúa el precepto indicando que asumida la iniciativa legislativa y a la vista del texto del Anteproyecto, el Consejo de Gobierno decidirá sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acordará su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Emitido el preceptivo informe por este órgano consultivo, el Consejo de Gobierno acordará la remisión del Proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañado del referido dictamen y de los antecedentes necesarios.

Debe tenerse en cuenta, además, que no contempla el citado precepto las actuaciones concretas a realizar en la primera fase de elaboración del texto legal, por lo que ha de entenderse que aquéllas han de ser en cada caso las que sean precisas y mejor se correspondan al contenido de la concreta iniciativa que se promueva.

Examinado el expediente remitido, ha de concluirse que han sido realizados los trámites de carácter preceptivo derivados de lo establecido en el citado artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, con relación a la elaboración de normas reglamentarias, y así el Consejo de

Gobierno, en su sesión de 21 de diciembre de 2004, acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de propia salud y solicitar los preceptivos dictámenes del Consejo Económico y Social y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. El Consejo Económico y Social emitió informe favorable al anteproyecto en su sesión de 2 de febrero de 2005, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 3.1.a) de la Ley 2/1994, de 26 de julio, reguladora de dicho órgano, y la petición de dictamen a este Consejo Consultivo ha tenido lugar mediante oficio del Consejero de Sanidad suscrito con fecha 4 de febrero de 2005, conforme ha quedado expuesto en los antecedentes.

En cuanto al resto de las actuaciones seguidas en la elaboración del anteproyecto consta una Memoria suscrita por la Directora General de Evaluación e Inspección de la Consejería de Sanidad, en la que se analizan los objetivos, medios personales y materiales, incidencia económica, contenido y conveniencia de la iniciativa legislativa que se propone; así como los oficios acreditativos de que el texto del anteproyecto fue sometido a trámite de información pública dando conocimiento del mismo a diversos organismos, entidades, corporaciones profesionales y asociaciones concernidos por la iniciativa adoptada, otorgándoles un plazo de quince días para que pudiesen formular las alegaciones que considerasen convenientes en torno al mismo, las cuales han sido igualmente incorporadas al expediente remitido.

Se completa la tramitación con el informe favorable al anteproyecto de Ley emitido por el Gabinete Jurídico, informe que resulta preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, apartado a) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de organización y funciones del Gabinete Jurídico, y con el emitido por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad que concluye señalando la conformidad del anteproyecto de Ley con el Ordenamiento Jurídico que resulta de aplicación.

A la vista de las actuaciones que se acaban de describir, puede formularse una valoración positiva de la tramitación seguida para la elaboración del anteproyecto de Ley que se somete a dictamen, lo cual no obsta para advertir sobre la pertinencia de haber completado la tramitación con

la incorporación de un informe en el que se reflejara el tratamiento dado a las observaciones y sugerencias formuladas por los distintos órganos que han intervenido durante el trámite de información pública. Conforme viene señalando insistentemente este Consejo, dicho documento reviste especial interés en cuanto permitiría desvelar las razones que han llevado a la Consejería instructora a modificar el texto inicial, y habría contribuido, por tanto, a que por parte de este órgano consultivo se tuvieran mayores elementos de juicio a la hora de valorar la justificación última de la regulación propuesta.

III

Según resulta del texto examinado, el anteproyecto de Ley que se somete a dictamen tiene por objeto la regulación de la declaración de voluntades anticipadas, como cauce *“del ejercicio por la persona de su derecho a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro en el supuesto de que, llegado el momento, no goce de la capacidad para adoptar decisiones por sí misma”* (artículo 1), ordenándose seguidamente los aspectos referidos a la capacidad para emitir la misma, el contenido, forma y modo de efectuar la declaración, la posibilidad de su modificación, sustitución o revocación de la misma, y contemplándose además la creación del Registro de voluntades anticipadas encargado de la constancia y custodia de las mismas.

Lo primero que cabe advertir ateniéndonos a dicho objeto de regulación, es que el rango de la disposición proyectada viene a satisfacer la reserva de ley que recoge el artículo 43 de la Constitución cuando señala en su apartado 2 que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, encomendado a la Ley el establecimiento de *“los derechos y deberes de todos al respecto”*. Además, ha de afirmarse que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ostenta competencia suficiente para abordar tal regulación, en primer lugar y en tanto que el contenido de la norma proyectada se incardina en la materia relativa a la sanidad, en virtud de la previsión contenida en el artículo 32.3 de su Estatuto de Autonomía, en el cual se atribuye a la Junta de Comunidades, *“en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos*

que la misma establezca”, la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de “*Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud*”; y en segundo lugar y en tanto que el proyecto normativo pretende articular el funcionamiento de los servicios sanitarios de la Administración autonómica para hacer efectivo el derecho que en aquél se reconoce a los pacientes, en virtud del título competencial previsto en el artículo 31.1.1ª de su Estatuto de Autonomía, en el que se atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha competencia exclusiva en materia de “*Organización, régimen y funcionamiento y de sus instituciones de autogobierno*”.

Por lo que respecta al marco normativo en el que se inserta tal iniciativa, hemos de comenzar refiriéndonos, en el ámbito europeo, al Convenio del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, y cuya entrada en vigor para España tuvo lugar el 1 de enero de 2000. La importancia de tal Convenio reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina, y así se abordan en él cuestiones tales como la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, y entre ellos el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, procurando con ello obtener una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias. En concreto y por lo que aquí interesa merece destacarse el contenido de su artículo 9 en el que se expresa que “*serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad*”.

Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, la exposición del marco normativo ha de partir del reconocimiento que la Constitución Española en su Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, hace de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social, así como de la proclamación como principio rector de la políti-

ca social y económica en el Capítulo III de dicho Título I, del derecho a la protección de la salud contemplado en su artículo 43.

Precisamente en desarrollo de dicho artículo 43, fue dictada la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, norma que vino a regular con carácter básico los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en relación a su salud, posteriormente desarrollados en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria. La citada Ley estatal, si bien no contempla de forma directa la posibilidad de que los usuarios del sistema sanitario puedan efectuar declaraciones anticipadas de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, cuando éstos deban llevarse a cabo en circunstancias de incapacidad para tomar ese tipo de decisiones, sienta las bases para abordar dicha regulación, en cuanto que reconoce a los usuarios del sistema sanitario de las diferentes Administraciones Públicas el derecho a la información sobre su salud, así como su autonomía individual a la hora de adoptar determinadas decisiones que conciernen a la misma.

Como complemento de la citada Ley fue dictada la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo carácter básico se proclama, además, en su Disposición adicional primera al señalar que se dicta *“de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución”*. Conforme expresa su propia Exposición de Motivos, la Ley *“refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente”* revistiendo en este aspecto una singular importancia la regulación que efectúa sobre las denominadas *“instrucciones previas”* de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo. En concreto en su artículo 11 se definen tales instrucciones previas como el documento por el que *“una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”*. Interesa además destacar de esta norma básica la regulación de ciertos extremos que en todo caso habrán de ser

respetados en el anteproyecto de Ley objeto de dictamen, como es la posibilidad de que el otorgante pueda designar un representante que sirva como interlocutor con el médico o el equipo sanitario; la no aplicación de las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "*lex artis*", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas; la obligación de dejar constancia razonada en la historia clínica del paciente de tales previsiones; así como la posibilidad de revocar libremente las instrucciones previas en cualquier momento dejando constancia por escrito.

IV

Examinando el panorama normativo autonómico, se advierte que son numerosas las Comunidades Autónomas que han abordado la regulación de las voluntades anticipadas. Entre las iniciativas legislativas cuya aprobación tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, observamos cómo determinadas Comunidades Autónomas han vinculado la regulación de las voluntades anticipadas a la del consentimiento informado: tal sería el caso de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Derechos de Información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica, de Cataluña (la primera en legislar sobre la materia, y en concreto las voluntades anticipadas son objeto de regulación en su artículo 8); o de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia (artículo 5). Si bien la mayoría de las Comunidades Autónomas que han legislado en esta primera etapa han tratado la materia dentro de la regulación referida a los derechos de los ciudadanos relacionados con la autonomía de la voluntad (entre los que también se suele incluir el consentimiento informado), como es el caso de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Normas reguladoras de la Salud, de Aragón (artículo 15); la Ley 2/2002, de 17 de abril, la Normas reguladoras de la Salud, de La Rioja (artículo 6.5); la Ley 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, de Navarra (artículo 9); o la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (artículo 34).

Respecto de la regulación que ofrecen estas normas autonómicas cabe efectuar una primera precisión: la declaración de voluntades anti-

cipadas puede perfectamente diferenciarse del consentimiento informado dado que si bien este último se define como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*” (artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), la declaración de voluntades anticipadas se configura como la manifestación de una persona sobre los cuidados y tratamiento de su salud que pretende anticiparse a una eventual situación como es la de que dicha persona no sea capaz de expresarse personalmente acerca de esos extremos. Tal diferenciación conceptual no obsta, sin embargo, para admitir que esta declaración de voluntades anticipadas puede jugar el papel del consentimiento informado pero ante situaciones determinadas, concretamente aquéllas para las que se anticipa la voluntad, y por medio de representante.

Asimismo y con posterioridad a la citada Ley básica estatal pueden citarse la Ley 7/2002, de 12 diciembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Voluntades Anticipadas en el ámbito de la sanidad; la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, que a su vez ha sido objeto de reciente desarrollo reglamentario mediante Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, que regula el Documento de Voluntades Anticipadas y crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas; la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares; y la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía. Es en estas últimas normas donde la regulación de las declaraciones de voluntades anticipadas se ha llevado a cabo de forma más pormenorizada, debiendo destacarse entre ellas, por su mayor similitud en su regulación a la del anteproyecto que es objeto de dictamen –en tanto que también en ellas se aborda únicamente esta materia- las Leyes del País Vasco y de Andalucía.

Interesa destacar de la legislación autonómica reseñada que la misma no ha sido objeto de recurso directo ante Tribunal Constitucional, ni consta en las bases de datos consultadas que haya sido planteada cuestión de inconstitucionalidad sobre su contenido.

Dado el contenido del anteproyecto de Ley que nos ocupa, su examen se debe llevar a cabo desde una doble perspectiva: la primera

como regulación directa dirigida al ciudadano al establecer ciertas condiciones para el ejercicio del derecho que le reconoce la Ley básica estatal; y la segunda, como regulación dirigida a la Administración autonómica sanitaria, para que sus servicios puedan garantizar la efectividad de dicho derecho.

Desde la primer perspectiva, interesa ahora advertir que la regulación del anteproyecto debe evitar ante todo el eventual riesgo de interferir en el contenido de la voluntad del otorgante y ceñirse a desarrollar los elementos que con carácter básico se encuentran plasmados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pues de otro modo la norma podría incurrir en inconstitucionalidad al incidir en materia que no está a la disposición de los títulos competenciales autonómicos que legitiman la iniciativa legislativa. Y desde la segunda perspectiva apuntada el elemento que cobra singular importancia en el examen de la regulación proyectada, es cómo se ha de articular el funcionamiento de la Administración sanitaria para garantizar la efectividad del derecho que se reconoce a los pacientes.

V

Examinado el contenido del anteproyecto de Ley que se somete a dictamen desde la primera perspectiva referida en la anterior consideración, puede afirmarse su plena conformidad tanto con la Ley básica que desarrolla –la Ley 41/2002, de 14 de noviembre– como con el resto del ordenamiento jurídico, sin que por ello proceda formular al mismo objeción alguna que revista carácter esencial.

Las observaciones que seguidamente se efectúan respecto de algunos de sus artículos, son fruto del examen de la norma desde la perspectiva de que en la misma se articula el funcionamiento de la Administración sanitaria para hacer efectivo el derecho reconocido a los pacientes por el artículo 11 de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y en este sentido procede plantear a la Administración promotora de la iniciativa legislativa ciertos interrogantes que la doctrina ya ha planteado sobre la materia objeto de regulación y que este Consejo, a la vista del texto concreto sometido a dictamen, puede igualmente plantear, interrogantes todas ellas que quedan sin despejar en el anteproyecto normativo que se somete a dictamen.

Así, por ejemplo se suscita como primordial cuestión la referida a la regulación que ofrece el anteproyecto respecto al Registro de voluntades anticipadas, y en concreto en cuanto a la no obligatoriedad de su inscripción; ciertamente esta opción significa no imponerle a la voluntad del declarante una obligación que, por otra parte, es instrumento de garantía para hacerla efectiva, si bien esto trae consigo una merma clara de su operatividad, dado que si el Registro ha de ser concebido como el instrumento fundamental para conocer y dar cumplimiento a la declaración de voluntad anticipada, ello en definitiva dependerá en gran medida de la obligatoriedad de la inscripción y de la posibilidad y obligación de su conocimiento. En segundo término, no contemplándose en el anteproyecto que el representante designado por el otorgante de la declaración de voluntad anticipada, deba aceptar su condición de tal, ello podría privar de eficacia práctica a los deseos manifestados por el otorgante lo que en definitiva redundaría en un mayor desvalimiento respecto de la obligación de conocer y hacer efectiva la declaración de voluntad anticipada. Finalmente y por lo que respecta a la comunicación de voluntades anticipadas a cuantos han de colaborar en llevarlas a la práctica, el proyecto normativo debería dejar claramente delimitada la obligación de los profesionales sanitarios de indagar la existencia de la declaración así como su carácter de interesados en recibirla; los límites de tal indagación, vendrán lógicamente determinados por la obligatoriedad o no de la inscripción registral y por la existencia, conocida o no, aceptada o no, de la representación del otorgante.

Además de estas observaciones generales que, a juicio de este Consejo, condensan la principal problemática que suscita el estudio del anteproyecto, procede igualmente efectuar otra serie de consideraciones de tipo conceptual a fin de aclarar o completar el sentido de alguno de los artículos objeto de examen.

1.- El artículo 4, denominado "*Contenido de la declaración*", determina en su **apartado 1.a)** que la declaración de voluntades anticipadas "*podrá*" contener "*Los cuidados y tratamientos relacionados con su salud que desee recibir o no recibir y, una vez llegado el fallecimiento, la decisión sobre el destino de su cuerpo y sobre los órganos del mismo*". Al respecto procede advertir en primer lugar que la utilización del término "*podrá*" para referirse a este primer apartado, resulta equívoco dado que el

mismo se limita a reproducir de forma parcial el contenido necesario de la declaración de voluntades anticipadas que prevé el artículo 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. El contenido eventual de tal declaración de voluntades queda circunscrito, según el precepto básico que se acaba de citar, a la designación del representante y ello es lo que debiera reflejarse claramente en el anteproyecto de Ley.

Al margen de esta precisión, la principal problemática que suscita la regulación contemplada en este primer apartado, es que la norma no concreta ni parece que deba ni pueda hacerlo –puesto que como ya se ha avanzado en la anterior consideración, está fuera del alcance de los títulos competenciales que se ejercitan- el contenido de la declaración de voluntad a la que se refiere, limitándose a recoger de forma parcial la definición de la declaración de voluntades anticipadas que contempla la norma básica estatal y que ya ha sido objeto de regulación en el artículo 2 del anteproyecto. La inclusión por tanto de este apartado a), que viene a escindir los límites definitorios que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha empleado, no añade nada a la regulación del concepto de la declaración de voluntades anticipadas y, por tanto, más que aclarar genera confusión respecto a la delimitación del contenido de tal declaración.

El **apartado 1.b)** de este mismo artículo contempla como posible contenido de la declaración de voluntades anticipadas, en la línea seguida por el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, “*la designación de un representante para que, llegado el caso, actúe como su interlocutor con el médico o equipo sanitario para que se cumplan las instrucciones contenidas en la declaración de voluntades anticipadas*”. Esta figura del representante plantea diversos interrogantes que no quedan despejados, sino más bien todo lo contrario, al definirlo indebidamente como “*interlocutor*” del otorgante; en concreto, las interrogantes que se muestran más necesitadas de elucidación son la aceptación de tal nombramiento y la definición del contenido de su intervención.

Así, parece estar en la lógica de esta institución que el “*representante*” se muestre como un colaborador del otorgante para hacer efectiva su declaración, y para que, en su caso, pueda hablar y decidir en su nombre ante el servicio público sanitario, y, en particular con los médicos

asistentes. Por lo tanto, esta capacidad de “*interlocución*”, y su nombramiento como representante, implica que en muchas ocasiones tendrá facultades de interpretar el contenido de la declaración de voluntades anticipadas (y a ello es a lo que parece referirse el artículo 11 de la norma básica cuando dice que el representante sirve “*para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas*”) sobre todo en aquellos supuestos en que las mismas deban ser adaptadas a la situación concreta en la que finalmente se encuentre el declarante. Lo que la norma básica estatal no garantiza (artículo 1, en su último inciso, de la Ley 42/2002, de 21 de noviembre) ni tampoco el anteproyecto de Ley objeto de dictamen, es que las funciones que el declarante encomiende a su representante se lleguen a ejecutar en la práctica, dado que al no exigirse que el representante deba aceptar su condición de tal, se corre el riesgo de que la persona designada pueda optar en su momento por actuar como representante o no, al no haberse comprometido a ello con el declarante.

Finalmente y respecto del apartado 2 de este mismo artículo, que establece excepciones a la capacidad para ser representante, podría añadirse la relativa a que no podrán serlo las personas que tengan alguna vinculación con entidades que financien la asistencia sanitaria del otorgante, puesto que está en la lógica de las ya contempladas. Así se ha hecho en la normativa de otras Comunidades Autónomas como el País Vasco o Valencia (artículo 2 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, y artículo 2 del Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, respectivamente).

2.- El artículo 5, bajo la titulación “*Requisitos de la declaración*”, regula ciertos extremos que han de figurar en el documento en que se formalice la declaración de voluntades anticipadas. Por su parte, el **artículo 6**, titulado “*Formalización del documento*” regula la forma de otorgamiento de la declaración de voluntades anticipadas.

La ubicación de ambos artículos carece de sistemática jurídica por cuanto en el artículo 5 se alude a requisitos tales como “*los datos de identidad del otorgante y los del funcionario o testigos*” o “*la manifestación del funcionario o de los testigos*”, que claramente presuponen que la declaración va a poder ser otorgada ante tales personas, anticipándose así a la regulación del artículo 6. En realidad de lo que se trata desordenadamente en uno y otro es de la formalización de la declaración de voluntad, por lo que tal regulación

podría unificarse en un sólo artículo bajo la titulación que se acaba de mencionar, y reordenándose su contenido de tal forma que lo lógico sería expresar en primer término ante qué personas puede otorgarse la declaración de voluntad, puesto que en función de ellas se establecen las tres posibles formas de otorgamiento, y en segundo término los extremos que ha de contener el documento en el que se formalice la misma.

3.- Conforme ya se ha avanzado al inicio de la presente consideración, la cuestión primordial que debe plantearse respecto del **artículo 9**, referido al Registro de voluntades anticipadas es la voluntariedad de la inscripción de las declaraciones en el mismo. Tal condición está implícita en la lectura de dicho artículo –al no contemplar la obligatoriedad de la inscripción– y se confirma expresamente en el artículo 10, apartado 1 al señalar que las declaraciones que no hayan sido inscritas en el Registro deben entregarse en el centro sanitario donde su otorgante sea atendido. Esta circunstancia, unida a la de que no se contempla como contenido mínimo de la inscripción registral si existe o no representante y si éste ha aceptado o no su condición, redundante en una merma significativa de las posibilidades de dar efectivo cumplimiento a la voluntad declarada, dado que el conocimiento de su existencia queda exclusivamente a la voluntad del declarante, que puede no estar en condiciones de comunicarlo, cuando su declaración de voluntades hubiera finalmente de aplicarse.

Entiende por ello este Consejo que, si el legislador opta por dar mayores garantías al cumplimiento de voluntad declarada, la inscripción en el Registro debiera operar como eventual requisito de eficacia frente a la Administración Sanitaria, como así se contempla en la legislación de otras Comunidades Autónomas tales como la Andaluza, en la que expresamente se prevé que “*La declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita en el Registro [...] será eficaz [...]*” (artículo 7 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre); o La Rioja al señalar que “*Las declaraciones de voluntad anticipada para que sean vinculantes para el Sistema Público de Salud de La Rioja, deberán inscribirse en el Registro de Voluntades [...]*” (artículo 6.5.c) de la Ley 2/2002, de 17 de abril).

En el **apartado 1** de este mismo artículo se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro las declaraciones emitidas en el territorio “o

por residentes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha". La introducción en el texto que se somete a dictamen de tal previsión obedece a la sugerencia formulada por el Colegio Notarial de Albacete que propugna la aplicación de la ley con un criterio de conexión no solamente territorial, sino también personal.

Este Consejo ha de mostrar su conformidad con la inclusión de tal previsión en tanto que posibilita que los profesionales sanitarios que finalmente atiendan al paciente, den efectivo cumplimiento a lo manifestado en su declaración de voluntad con independencia de que ésta se hubiera otorgado ante otra Comunidad Autónoma. Debe advertirse, no obstante, que la clave está en hacer extensiva la inscripción en el Registro a las declaraciones emitidas por todas aquellas personas que tengan derecho a recibir asistencia sanitaria del SESCAM.

Respecto de este apartado 1 procede igualmente advertir, si bien como cuestión de carácter menor, que su contenido debería completarse incluyendo la previsión de que en el Registro es inscribible no solamente el otorgamiento de la declaración de voluntades, sino también su eventual modificación, sustitución o revocación.

Finalmente es preciso señalar que la previsión del **apartado 2**, relativa a que únicamente tendrán acceso al Registro además de los médicos que presten la atención sanitaria, "*las personas interesadas*", resulta equívoca por cuanto en principio no hay ni tiene por qué haber ningún interesado antes de que llegue la ocasión de ser aplicada la declaración de voluntades anticipadas. En realidad lo que interesa resaltar, y está más en la lógica del precepto, no es tanto quienes tendrán acceso al Registro sino el momento en que tal acceso podrá tener lugar. Se propone en consecuencia sustituir la dicción del apartado por la de "*tendrán acceso las personas interesadas en el momento en que se deba conocer la declaración de voluntades anticipadas*", u otra similar que clarifique el auténtico sentido del precepto.

4.- El artículo 10, con la titulación "*Comunicación de las voluntades anticipadas al médico o al centro sanitario*", muestra un contenido ciertamente desordenado e inconexo que le impide cumplir la función que

pretende que no es otra que cuando se produzca la situación concreta pueda ejecutarse el contenido manifestado en la declaración. Así, por ejemplo, la sola lectura del apartado 1, induce a pensar, interpretándolo a sensu contrario, que aquel documento de voluntades anticipadas que haya sido inscrito en el Registro no debe entregarse en el centro sanitario donde su otorgante sea atendido; y el último inciso del apartado 3 que señala que en el caso de que el documento estuviera inscrito en el Registro, su entrega al centro sanitario será efectuada por el propio Registro, parece entrar en contradicción con el apartado 2, que expresamente prevé que el documento de voluntades anticipadas inscrito en el Registro, se pueda entregar voluntariamente en el centro sanitario donde sea atendido su otorgante.

A criterio de este Consejo, y a fin de garantizar que lo manifestado en la declaración de voluntades anticipadas llegue en todo caso a conocimiento del médico, el artículo debería diferenciar claramente dos supuestos: primero, que el otorgante se encuentre en condiciones de comunicar la existencia de su declaración al centro sanitario, y segundo, que no lo esté. En el primer caso, dado que no hay obligación de inscribir la declaración en el Registro, debería imponer claramente la obligación de que sea el otorgante el que comunique su existencia al centro sanitario, y en su caso lo entregue él directamente (y quizás hasta prever la consecuencia que podría derivarse de este incumplimiento), o bien que sea el centro sanitario el que lo requiera al Registro si obra en él. En el segundo caso, la no inscripción de la declaración generaría una gran incertidumbre y riesgo de que no se pudiera cumplir lo manifestado en ella pues, indudablemente, pueden presentarse situaciones que demanden una actuación inmediata de los servicios sanitarios y que imposibiliten que éstos se detengan en una investigación sin límites a fin de constatar la existencia o no de la declaración; por ello la norma debería imponer, en primer lugar, a los familiares que acompañan al paciente, la obligación de comunicar a los servicios sanitarios si existe la declaración, y en segundo lugar, exigir que sea el propio centro sanitario el que requiera el documento bien al Registro, o bien a los familiares del otorgante de la declaración ante la eventualidad de que no esté la declaración inscrita en el Registro, pero exista y sea conocida por aquéllos.

Finalmente, y a fin de concordar la regulación de este artículo con la previsión contemplada en el artículo 8, apartado 4, debería comple-

tarse su regulación incluyendo que el documento de voluntades anticipadas ha de incorporarse a la historia clínica del paciente.

VI

Por último y con objeto de mejorar en lo posible la calidad técnica de la norma cabe efectuar las siguientes observaciones al texto del anteproyecto:

- **Exposición de Motivos:** Conforme ha tenido ocasión de señalar este Consejo en múltiples dictámenes en relación con la parte expositiva que acompaña a las disposiciones de carácter general, la misma debería ceñirse a la presentación de la materia que es objeto de regulación y su finalidad, pudiendo completarse con una mención a los preceptos estatutarios que habilitan a la Comunidad Autónoma para dictar la norma en cuestión.

Atendiendo a dicho criterio el contenido de la Exposición de Motivos del anteproyecto debería ser ajustado, eliminando toda descripción o exposición instructiva sobre lo que se dispone o sobre lo que ya se ha expuesto en otras disposiciones normativas; en este sentido cabe sugerir la supresión de párrafos que se limitan a reproducir la regulación contenida en determinados preceptos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (el quinto y sexto), o incluso regulación que contempla el propio anteproyecto de Ley (párrafo decimotercero referido al Registro de Voluntades Anticipadas).

- **Artículo 3:** Se propone como redacción más clarificadora de este artículo la siguiente: *“Podrá formular la declaración regulada en esta Ley toda persona mayor de edad, que actúe libremente y que no se encuentre incapacitada judicialmente para emitirla”*.

- **Artículo 4, apartados 1.a) y 2:** Sin perjuicio de lo ya señalado respecto de la regulación que contempla este artículo en la anterior consideración, y a fin de mejorar su redacción, debería especificarse en el apartado 1.a) quién ha de expresar los deseos de recibir o no los cuidados y tratamientos a los que se refiere.

Respecto del apartado 2, en su primer inciso, debería eliminarse por innecesaria la expresión “*para ello*” que figura en la segunda línea.

- **Artículo 5, apartado 1. c):** Por su obviedad debería eliminarse lo dispuesto en este subapartado, dado que va de suyo que el documento en que se formalice la declaración de voluntades anticipadas debe contener tal declaración.

- **Artículo 6, apartado 1. c):** En su penúltima línea, entre los términos “*profesional*” y “*patrimonial*”, debería introducirse la disyuntiva “o”.

- **Artículo 8, apartado 1:** En su segunda línea el término “*a*” debería preceder a la expresión “*equipo sanitario*”.

- **Artículo 9, apartado 3:** Se contempla en él la obligación de que el Registro guarde la debida coordinación con el Registro Nacional de Instrucciones Previas “*creado por el Ministerio competente en materia de sanidad*”. Puesto el citado Registro Nacional aún no ha sido creado (según ha podido tener conocimiento este Consejo, el Real Decreto que lo crea y regula se encuentra en procedimiento de elaboración), debería eliminarse tal inciso.

- **Disposición Adicional:** A fin de homogeneizar la dicción de esta disposición con la terminología empleada en el articulado del anteproyecto de ley, la expresión “*documento de declaraciones anticipadas*” debería sustituirse por la de “*documento de voluntades anticipadas*”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

“Que tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el presente dictamen, si que ninguna de ellas revista carácter esencial, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud.”

Toledo, 9 de marzo de 2005

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Miguel Angel Collado Yurrita (Coordinador)

Gracia M^a Luchena Mozo (Coordinadora)

Pedro José Carrasco Parrilla

María Prado Montoya López

Saturnina Moreno González

Gemma Patón García

Esther Sánchez López

J. Alberto Sanz Díaz-Palacios

Profesores de Derecho Financiero y Tributario. Centro Internacional de Estudios Fiscales. Universidad de Castilla-La Mancha

<http://www.uclm.es/cief>

Sumario: I. Principios constitucionales. II. Categorías y elementos tributarios. III. Gestión liquidación. IV. Inspección. V. Recaudación. VI. Infracciones y delitos. VII. Revisión. VIII. Renta y Patrimonio. IX. Sociedades. X. No residentes. XI. Sucesiones y Donaciones. XII. Impuesto sobre el Valor Añadido. XIII. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. XIV. Impuestos Especiales y otras figuras impositivas. XV. Impuestos Autonómicos y Forales. XVI. Impuestos Locales. XVII. Tasas, Contribuciones Especiales y Precios Públicos¹.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO**1. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY TRIBUTARIA. EXENCIONES A FAVOR DE LAS CAJAS DE AHORRO**

Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2005, de 20 de enero

Esta Sentencia responde a numerosas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, planteadas todas ellas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra el artículo 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de

diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales, por presunta vulneración de los artículos 14, 31.1, 38 y 133.3 de la Constitución española. El precepto cuestionado declaraba la exención de las Cajas Generales de Ahorro Popular en la licencia fiscal del impuesto industrial; exención que ha sido interpretada por el Tribunal Supremo como aplicable a la totalidad de la actividad desarrollada por éstas, es decir, no sólo a su actividad benéfico-social, sino también a la económico-financiera o mercantil-financiera.

El Tribunal Constitucional, tras efectuar distintas consideraciones sobre la subsistencia del objeto del proceso –a pesar de la desaparición de la exención el 31 de diciembre de 1994– (F.J. 2.º), y estudiar con detenimiento la evolución legislativa que, desde sus orígenes, experimentó la exención cuestionada (F.J. 3.º), acomete el examen de la posible vulneración por el precepto cuestionado del artículo 133.3 de la Constitución, donde se establece el principio de legalidad en materia de beneficios fiscales. Pues bien, al igual que el Abogado del Estado y el Fiscal General, el Tribunal considera que no existe tal vulneración: “Siendo cierto que la Constitución establece en el apartado 3 del artículo 133 el principio de reserva de ley en materia de beneficios fiscales, también lo es que este Tribunal ha venido manteniendo la doctrina de que no pueden anularse disposiciones legales o reglamentarias anteriores, ni por la ausencia de requisitos luego exigidos por la Constitución para su aprobación y que, entonces, no venían requeridos, ni por el hecho de que la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, dado que la reserva de ley no puede aplicarse retroactivamente [...], ello sin perjuicio de la cobertura normativa con que la discutida exención pudiera contar antes de aprobarse la Constitución y que no procede valorar ahora, como acaba de señalarse” (F.J. 4.º).

Respecto al posible desconocimiento del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) en los términos en que dicha norma ha sido interpretada por el Tribunal Supremo, el Tribunal recuerda los rasgos esenciales de su doctrina sobre el alcance de este principio [según la cual, existe desigualdad si se introduce una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales, que carece de una justificación objetiva y

razonable y cuyas consecuencias jurídicas no son adecuadas ni proporcionadas en relación con el fin perseguido] y subraya que “la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte”, y ello porque, en la materia tributaria “es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance del artículo 14 en un precepto, el art. 31.1, cuyas determinaciones no pueden dejar de ser tenidas aquí en cuenta, pues la igualdad ante la ley tributaria resulta indisociable de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad igualmente enunciados en el artículo 31.1 CE”. Desde esta perspectiva, una exención tributaria, como excepción al principio de generalidad, “es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, desde el punto de vista constitucional, por cuanto la Constitución a todos impone el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de su capacidad económica [...], no debiendo olvidarse que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando se utiliza un criterio de reparto de las cargas tributarias carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31 [...]” (F.J. 5.º).

Sobre la base de todo lo expuesto, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la exención prevista en el artículo 9.7 del Decreto 3313/1966 sólo en la medida en que es aplicable a la parte mercantil de las cajas de ahorro y, por tanto, no se limita –como expresamente señalaría luego el art. 24.1 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre– a “los Montes de Piedad y Obras Benéfico-Sociales de las Cajas expresamente autorizadas”. Las razones en las que el Tribunal fundamenta su decisión son las siguientes: En primer lugar, tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, la exención cuestionada no resulta compatible con el artículo 14 en relación con el artículo 31.1 de la Carta Magna, “por cuanto discrimina a unas entidades respecto de otras en el ejercicio de la misma actividad, sin una justificación capaz de neutralizarla, al no servir a tales efectos la justificación histórica de su exclusivo carácter benéfico”, ya que la evolución de la normativa sobre la materia ha ido equiparando pro-

gresivamente “a las cajas de ahorro con las restantes instituciones financieras, permitiéndoles el ejercicio de la actividad crediticia en condiciones de igualdad, pasando, en consecuencia, a ser su actividad principal, la económica, y la accesoria, la benéfico-social [...]. Por este motivo, ni aunque se admitiera la ausencia de ánimo lucrativo que tienen estas “entidades financieras” por destinar parte de sus beneficios a la obra social, se alteraría la conclusión, pues tanto la entonces licencia fiscal como el impuesto sobre actividades económicas, son tributos que gravan el “mero ejercicio” de actividades económicas [...], siendo la actividad mercantil de las cajas de ahorro una actividad económica de carácter empresarial” (F.J. 6.º). Por otra parte, el Tribunal entiende que el Derecho comunitario avala la conclusión alcanzada y, en concreto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92, en la que se calificó como ayudas de Estado incompatibles con el Derecho comunitario “aquellas exenciones fiscales a favor de entidades públicas o privadas que las coloquen “en una situación más favorable que a otros contribuyentes”, y ello en una cuestión prejudicial que, de manera semejante en parte a lo aquí suscitado, versaba precisamente sobre legislación española (la Ley 13/1971), que establecía exenciones fiscales a favor de entidades públicas de crédito” (F.J. 6.º).

2. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY TRIBUTARIA. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS PORTUARIAS

Sentencias del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; y 122/2005, de 11 de mayo

La Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril, responde a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su redacción originaria, por posible vulneración del artículo 31.3 de la Constitución. El tenor literal del precepto cuestionado dispone: «1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados. 2. El Ministerio de Obras Públicas y

Transportes establecerá, a propuesta de Puertos del Estado y oídas las Asociaciones de usuarios de ámbito estatal directamente afectadas, los límites mínimos y máximos de las tarifas por los servicios portuarios prestados en puertos de competencia del Estado a que se refiere el apartado anterior».

Por su parte, la Sentencia 121/2005, de 10 de mayo de 2005, responde a la cuestión de inconstitucionalidad n.º 1418-2003, planteada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, pero en la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, nuevamente por un posible desconocimiento del principio de reserva de ley del artículo 31.3 CE. Los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley, en su nueva redacción, señalan: “1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados y deberán garantizar el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas. [...] El Ministro de Fomento definirá los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales. 2. Las Autoridades Portuarias aprobarán sus tarifas conforme a los criterios de rentabilidad que se establezcan, que en cualquier caso será positiva y a las estrategias comerciales de cada Autoridad Portuaria. [...] Dichas tarifas se actualizarán con periodicidad anual, de acuerdo con la evolución de los diferentes componentes del coste de los servicios y con los criterios de política portuaria que se establezcan”.

Por último, la Sentencia 122/2005, de 11 de mayo, responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo en relación con el apartado 1 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, si bien no queda claro si el órgano judicial se refiere a la versión originaria del precepto o a la redacción que deriva de la modificación operada por la Ley 62/1997, óbice de procedibilidad que lleva al Tribunal a inadmitir esta cuestión por incumplimiento del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A partir de la lectura de la argumentación elaborada por el Tribunal en estas Sentencias, podemos sintetizar su doctrina al respecto de la siguiente forma:

Con independencia de cuál sea el *nomen iuris* empleado por el legislador, es preciso determinar la verdadera naturaleza de las “tarifas” portuarias, para comprobar si les es o no aplicable el principio de reserva del ley del artículo 31.3 CE. A este respecto, debe subrayarse que los “servicios” portuarios regulados en las Órdenes Ministeriales recurridas en los procesos contencioso-administrativos que han dado lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad son los previstos en los apartados 1 y 3 del artículo 66 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la Marina Mercante, a los que resulta aplicables los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la misma norma legal. Aunque el artículo 70.1 de esta Ley (tanto en su versión originaria como en la derivada de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre) atribuye a todos esos “servicios” el carácter de “precios privados”, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, constituyen auténticas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al artículo 31.3 CE, puesto que dichas tarifas se exigen, bien efectivamente por servicios que son de recepción obligatoria y se prestan en régimen de monopolio, bien por la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias. Más aún: si, conforme a la doctrina de este Tribunal, los tributos son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen directa o indirectamente a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, no cabe duda que las denominadas “tarifas” por servicios portuarios constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria (STC 102/2005, FFJJ 4.º a 6.º; STC 121/2005, FFJJ 6.º a 8.º).

El artículo 70.1 de la Ley 27/1992, en la redacción dada por la Ley 62/1997, vulnera el principio de reserva de ley ex artículo 31.3 CE, por cuanto dicho precepto no define el presupuesto de hecho o hecho imponible de las tarifas portuarias, sino que atribuye al Ministro del ramo la fijación de los “supuestos” concretos en que procede la percepción de las mismas. Esta omisión es especialmente grave porque, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, aunque el principio de reserva de ley tributaria es relativo y no opera de la misma manera en relación con cada uno de los

elementos esenciales del tributo, el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible, pues sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponibles y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso. También vulnera este principio constitucional el artículo 70.2 de la Ley 27/1992 (tanto en su versión originaria como en la derivada de la modificación efectuada por la Ley 62/1997), puesto que, aunque el principio de reserva de ley tributaria es relativa y en las contraprestaciones en las que se evidencia de forma directa e inmediata un carácter sinalagmático la colaboración del reglamento puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías, la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlos, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley; al no aparecer esa determinación en el precepto cuestionado, se deja un amplísimo margen de maniobra al órgano del poder ejecutivo, lo que implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley prevista en los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución (STC 102/2005, FFJJ 7.º y 8.º; STC 121/2005, FFJJ 9.º y 10.º).

3. LÍMITES AL DECRETO-LEY COMO FUENTE DEL DERECHO TRIBUTARIO: DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA AL DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS

Sentencia del Tribunal Constitucional 189/2005, de 7 de julio

La Sentencia objeto del presente comentario constituye un nuevo episodio en el cambio de orientación experimentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los límites a la utilización del Decreto-ley como fuente del Derecho tributario. Si en un primer momento el Tribunal conectó el ámbito prohibido al Decreto-ley con el principio de reserva de ley tributaria, desde la Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, el TC relaciona los límites materiales a este vehículo normativo con la configuración del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, tal y como es configurado en el artículo 31.1 de la Constitución española.

En esta Sentencia se da respuesta a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y cuatro diputados del Congreso contra los artículos 4 a 14, la disposición adicional segunda y la disposición final primera, párrafo tercero, del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. A juicio de los recurrentes, todos los preceptos citados vulneran el artículo 86.1, inciso primero, de la Constitución. Además, los artículos 4 y 5 lesionan el artículo 86.1, segundo inciso, en relación con el artículo 31.3 de la Carta Magna. Los artículos 6 a 14 y la disposición adicional segunda vulneran el artículo 86.1, segundo inciso, en relación con el artículo 31.1 de la Constitución. Y los artículos 8, 9, 10, 11, 13 y 14 contradicen las exigencias del artículo 31.1 CE.

Conviene recordar brevemente el contenido de los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 7/1996. El artículo 4 establecía una reducción del 95 por 100 de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en los casos de adquisición *mortis causa* de la empresa familiar y de la vivienda familiar. El artículo 5 disponía la posibilidad de actualización de los valores de los elementos patrimoniales del inmovilizado material afectos a actividades económicas, mediante la aplicación de un gravamen único del 3 por 100 sobre el saldo acreedor de la cuenta de reserva de revalorización. Por último, los artículos 6 a 14 y las disposiciones adicional segunda y final primera, párrafo tercero, modificaban el régimen tributario de los incrementos y disminuciones de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, fundamentalmente en relación con las ganancias irregulares generadas en más de dos años; y alteraban, igualmente, el tratamiento tributario de los incrementos y disminuciones derivados de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley impugnado, mediante la modificación de los porcentajes reductores que les eran aplicables.

El Tribunal inicia su argumentación precisando que, a pesar de que las normas impugnadas ya no están en vigor, el objeto del proceso subsiste, y ello porque “[e]s la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin atender a su

vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional [...], pues se trata, a fin de cuentas, de velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional” (F.J. 2.º).

Respecto al primero de los vicios de inconstitucionalidad alegados, la inexistencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante para la utilización de este instrumento legislativo (art. 86.1, inciso primero, CE), el TC recuerda la doctrina por él mismo elaborada en torno a esta cuestión y, trasladada al supuesto que se analiza, concluye el correcto cumplimiento de dicho requisito. A la vista de las razones señaladas tanto en la exposición de motivos del Decreto-ley impugnado, como en el debate parlamentario de convalidación, se cumple adecuadamente el primero de los requisitos necesarios para la utilización de este vehículo normativo, “a saber, que se explicita y razone de forma suficiente la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente» necesidad”. En concreto, dicha situación “consistiría en la necesidad de relanzar la economía para cumplir los requisitos de convergencia con la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, fundamentalmente a través, de un lado, del fomento del empleo, especialmente, en el sector de las pequeñas y medianas empresas, y, de otro, de la movilización del ahorro”. Además, en opinión del Tribunal, tampoco cabe duda de que las medidas impugnadas “en su consideración global se manifiestan como idóneas para la consecución de la finalidad pretendida. En efecto, si la reducción en la base imponible del impuesto sobre sucesiones pretende garantizar la continuidad en el ejercicio de actividades empresariales por grupos familiares, impidiendo con ello la destrucción de empleo, tanto la actualización de balances (que permite la revalorización de las empresas y, por ende, una mayor posibilidad de endeudamiento de las mismas con el fin de practicar nuevas inversiones), como la modificación de la tributación de las plusvalías en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, son medidas potencialmente favorables a una activación del mercado de capitales, al dirigirse a liberar el dinero y a estimular su movilidad, lo que a su vez puede incidir favorablemente en la recuperación de la actividad económica a la que se aspiraba para el cumplimiento de los criterios de convergencia” (F.J. 5.º).

A continuación, el TC realiza una afirmación que consideramos, cuanto menos, discutible. Frente al parecer de los diputados recurrentes, para quienes el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad no se cumple en la medida en que determinados preceptos de la disposición impugnada carecen de eficacia inmediata [por ejemplo, las modificaciones al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no podían entrar en vigor antes del 1 de enero de 1997; y la actualización de balances autorizada no podría realizarse hasta mediados de 1997, siendo, además, una norma que no podía aplicarse directamente por cuanto se habilitaba al Gobierno hasta finales del año 1996 para proceder a la aprobación de los coeficientes de actualización], el Pleno entiende que no representa un óbice a la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad “el hecho de que algunas de las medidas hayan diferido su entrada en vigor hasta unos meses después de su aprobación, porque no cabe duda de que, con independencia de que el momento en el que el contribuyente puede aplicar efectivamente cada medida es el de la presentación de su autoliquidación, la existencia misma de esa medida le permite de forma instantánea adoptar decisiones económicas que, en su conjunto, son, a fin de cuentas, las que provocarán el relanzamiento de la economía: el conocimiento, a ciencia cierta, del régimen fiscal de próxima aplicación, permite desarrollar ya actuaciones con una eficacia económica inmediata, lo que en este caso, habida cuenta de la finalidad perseguida, resulta bastante para justificar el cauce normativo utilizado” (F.J. 5.º). Conviene tener presente, además, que el Tribunal, en el F.J. 3.º de la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, consideró que los decretos-leyes no podían incluir medidas que “por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad”.

Finalmente, el Pleno subraya que la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE tampoco se ve afectado por la circunstancia de que buena parte de las medidas impugnadas contengan una regulación de carácter permanente. Si bien la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido una conexión entre el carácter provisional del Decreto-ley y la necesidad de ser convalidado o deroga-

do en el plazo de treinta días por el Congreso de los Diputados, de modo que, producida la convalidación cede ese carácter de provisionalidad, “[n]ingún dato positivo constitucional permite afirmar [...] que el carácter provisional del Decreto-ley se refiera necesariamente al alcance temporal de la norma que con esa forma jurídica se apruebe, sin perjuicio de que dicho alcance pueda ser considerado de algún modo para valorar –ya en otro plano– la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad de la medida legislativa” (F.J. 6.º). En este caso en concreto, el Tribunal entiende que la permanencia de las normas discutidas no tiene virtualidad bastante para alterar la conclusión ya sentada respecto de la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

El Tribunal Constitucional examina los restantes motivos de inconstitucionalidad conjuntamente, puesto que para dar adecuada respuesta a todos ellos hay que determinar previamente cuál es el fundamento constitucional a la limitación del empleo del Decreto-ley en materia tributaria. En este sentido, el Pleno recuerda que, según su más reciente jurisprudencia [Sentencias 182/1997, de 28 de octubre (F.J. 8.º); 137/2003, de 3 de julio (F.J. 6.º); y 108/2004, de 30 de junio (F.J. 7.º)], “del hecho de que la materia tributaria esté sujeta al principio de reserva de ley (arts. 31.3 y 133.1 y 3 CE) y de que dicha reserva tenga carácter relativo y no absoluto «no se deriva necesariamente que se encuentre excluida del ámbito de regulación del Decreto-ley, que podrá penetrar en la materia tributaria siempre que se den los requisitos constitucionales del presupuesto habilitante y no ‘afecte’, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas, límite material que no viene señalado por la reserva de ley». A lo que este Tribunal debe atender al interpretar el límite material del art. 86.1 CE «no es, pues, al modo cómo se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, la tributaria en este caso (si tiene carácter absoluto o relativo y qué aspectos de dicha materia se encuentran amparados o no por dicha reserva), sino más bien al examen de si ha existido ‘afectación’ por el Decreto-ley de un derecho, deber o libertad constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate»” (F.J. 7.º). Sobre la base de esta afirmación, el Tribunal rechaza la supuesta vulneración, por los artículos 4 y 5 del

Decreto-ley impugnado, del artículo 86.1 CE en relación con los artículos 31.3 y 133.1 CE.

De acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal desde la Sentencia 182/1997, la limitación al empleo del Decreto-ley en materia tributaria viene impuesta por el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos; más concretamente, “el Decreto-ley no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir”. Ello obliga a precisar “cómo se encuentra definido dicho deber en la Norma fundamental, concretamente en su artículo 31.1”, puesto que “comprobar cuándo el Decreto-ley afecta a un derecho, deber o libertad exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho –en este caso, deber– afectado en cada caso”. Pues bien, recuerda el Pleno que “el artículo 31.1 CE conecta el citado deber de contribuir con el criterio de capacidad económica [...] y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario. El art. 31.1 CE [...] al obligar a todos al sostenimiento de los gastos públicos, ciñe esta obligación en unas fronteras precisas: la de la capacidad económica de cada uno y la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Conforme a la propia literalidad del art. 31.1 CE queda claro, pues, que el Decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo. De manera que vulnerará el art. 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario”. En definitiva, “no queda absolutamente impedida la utilización del Decreto-ley en materia tributaria, cuando concurre el supuesto habilitante, como instrumento normativo del Gobierno al servicio de los objetivos de la política económica. Ahora bien, será preciso tener en cuenta en cada caso en qué tributo concreto incide el Decreto-ley (constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en

que interviene el principio de capacidad económica), qué elementos del mismo —esenciales o no— resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación que se establece” (F.J. 7.º).

A partir de las consideraciones anteriores y teniendo muy en cuenta el papel central que corresponde al Impuesto sobre la Renta en nuestro sistema tributario, el Tribunal concluye que los artículos 6 a 14, la disposición adicional segunda y la disposición final primera, apartado tercero, del Real Decreto-ley impugnado son inconstitucionales y nulos, por cuanto “han afectado a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE, pues al modificar el régimen tributario de los incrementos y disminuciones patrimoniales en un tributo que, como el impuesto sobre la renta de las personas físicas constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario, se ha alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, en unos términos que, conforme a la doctrina de este Tribunal [...] están prohibidos por el artículo 86.1 CE” (F.J. 8.º).

Sin embargo, no alcanza la misma conclusión respecto de los artículos 4 y 5 del Decreto-ley impugnado. Para el Pleno, el artículo 4 se limita a establecer una concreta reducción en la base imponible de un impuesto (Sucesiones y Donaciones) que “no se configura como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, sino que se limita a gravar una manifestación concreta de capacidad económica, la que se pone de manifiesto con las adquisiciones lucrativas de bienes o derechos, en lo que ahora importa, *mortis causa* (sucesiones)”, sin que pueda afirmarse que dicha “modificación parcial de su base imponible para determinados sujetos pasivos repercute sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes”. A la misma conclusión se llega en relación con el artículo 5 de la disposición impugnada, pues en la medida en que se limita a establecer una actualización de balances “a la que sólo pueden acogerse determinados sujetos pasivos de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas y que tiene carácter voluntario, tampoco puede concluirse que haya alterado de manera relevante la presión fiscal que debe soportar la generalidad de los contribuyentes” (F.J. 8.º).

II. ELEMENTOS Y CATEGORIAS TRIBUTARIOS

1. DETERMINACIÓN DEL DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN UN SUPUESTO EN QUE EL CONTRIBUYENTE HA OBTENIDO UNA EXENCIÓN PROVISIONAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005

La cuestión dirimida en el presente recurso de casación se basa, fundamentalmente, en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción tributaria en un supuesto en que la Ley concede la exención del ITPAJD. Se trata, concretamente, del caso de la transmisión de solares destinados a la construcción de viviendas de protección oficial, siempre que se consigne dicha finalidad en la escritura de compraventa; exención que queda sin efecto si transcurren tres años a partir de dicha consignación sin que se obtenga la calificación provisional de las viviendas, según se dispone en el Real Decreto Legislativo 3050/1980.

Hechos, en efecto, que dan origen a que el Tribunal tenga que abordar dos puntos controvertidos, principalmente.

Así, en primer lugar, el Organo juzgador llega a la conclusión de que en este caso la prescripción comenzó a correr cuando caducó la exención por el transcurso del período de tres años concedido para la presentación de la Cédula.

Plazo durante el cual, y este matiz nos parece fundamental en orden a la determinación del momento en el cual comienza a correr la prescripción, “estuvo impedida la Administración para actuar por imperativo legal”, esto es, “no goza aún (...) de un derecho exigible” (F.J. 3º). En consecuencia, cuando se levantaron las Actas de Inspección aun no había transcurrido el plazo de cinco años previstos en el artículo 64 de la derogada Ley General Tributaria.

La segunda de las cuestiones examinadas por el Tribunal Supremo hace referencia a la exigencia de los intereses de demora, que no solamente comprende los tres años concedidos al contribuyente para la apor-

tación de la Cédula de Calificación (que convertiría la liquidación provisional en definitiva) sino “la totalidad del plazo en que la Hacienda Pública se ha visto privada de la disposición sobre las cantidades que, de no haberse suspendido la liquidación, debieron ser ingresadas”, (F.J. 3º).

2. DOMICILIO FISCAL. PREVALENCIA DE LA RESIDENCIA QUE IMPONÍA AL SUJETO PASIVO SU CONDICIÓN DE CORREDOR DE COMERCIO FRENTE A LA RESIDENCIA HABITUAL RESULTANTE DEL ARTÍCULO 45.2 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA DE 1963

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005

La cuestión de fondo que se dirime ante el Tribunal Supremo gira en torno a la determinación del domicilio fiscal del contribuyente, la falta de competencia territorial del órgano administrativo así como la indefensión por ausencia de contradicción en el procedimiento administrativo y la caducidad en el expediente, tal como se expone en el Segundo Fundamento de Derecho.

Cuestiones, de entre las cuales, debe entresacarse la concerniente al domicilio del sujeto pasivo dado que, como señala el propio Tribunal, “constituye el tema central del recurso”, (F.J. 2º).

De este modo, y en relación a la determinación del domicilio fiscal, cabe destacar las siguientes consideraciones realizadas por el Órgano juzgador en orden a fundamentar el fallo desestimatorio del recurso interpuesto.

Así, en primer lugar, y partiendo de la consideración de que el obligado tributario tiene la condición de Corredor de Comercio, el Tribunal entiende que la residencia habitual de dicho sujeto es aquélla en la que el mismo debía prestar sus funciones.

En efecto, y a pesar de que el recurrente alega que reside en un lugar distinto a aquél en que ejerce como Corredor, el Tribunal Supremo (refrendando la argumentación de la Audiencia Nacional) llega a dicha conclusión, frente a la presunción *iuris tantum* de residencia del contribuyente a partir de la inscripción en el padrón municipal, desde el otorgamiento de preferencia a la “presunción de cumplimiento de una obligación legal o

reglamentaria de residencia en el lugar de desempeño de la función derivada del régimen aplicable a los Corredores de Comercio”, según se deriva del contenido del artículo 29 del Reglamento Régimen Interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (F.J. 4º).

Afirmación que da pie al Tribunal a interpretar el contenido del artículo 45.1.a) de la Ley General Tributaria en el sentido de que la residencia fiscal es entendida como “el hecho real y efectivo de residir en un lugar de manera permanente o primordial”, (F.J. 4º), indicando, por otra parte, que si bien la Administración, a partir de lo dispuesto en el artículo mencionado, puede exigir a los sujetos que declaren su domicilio a efectos tributarios, también puede rectificarlo mediante la comprobación pertinente, no siendo posible hablar a efectos fiscales de un domicilio electivo o convencional.

Domicilio fiscal, en último lugar, que aparece como “dato identificativo del obligado tributario y del órgano administrativo u oficina gestora territorialmente competente (...) constituyendo una norma de atribución competencial ‘*ratione loci*’” (F.J. 4º), declarando, de este modo, el Tribunal la importancia del domicilio a efectos fiscales, en armonía con lo dispuesto, en este sentido, entre otras normas, en la Ley 21/2001, de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas así como en el párrafo segundo del artículo 84 de la nueva Ley General Tributaria.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. ACTIVIDAD COMPROBADORA DE LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN. EXTENSIÓN DE LA COMPROBACIÓN. SOLICITUD DE INFORME A INSPECCIÓN

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de diciembre de 2004

El asunto en liza trae causa en un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el Director del Departamento de Gestión Tributaria, que trata el polémico tema de la extensión de la actividad comprobadora de los órganos gestores. Además, es, ciertamente curioso,

como el recurrente extrae un pronunciamiento del TEAC en torno a una cuestión que, como bien dice la Resolución, no encuentra un presupuesto fáctico en el expediente y los fundamentos jurídicos que justifican el recurso; en concreto, el TEAC viene a pronunciarse sobre la solicitud de informe a la Inspección en los casos en que el órgano gestor realiza una interpretación de la norma tributaria distinta a la del contribuyente.

El debate se origina en relación con la deducibilidad de determinadas partidas consignadas por el interesado en su declaración como gasto de su actividad profesional, para cuya comprobación el órgano gestor solicita la aportación de los libros de registro de ingresos ventas y los gastos de actividades profesionales. El TEAR correspondiente declara la competencia de los órganos gestores para solicitar la documentación requerida, aunque advierte de la matización a la excepción del artículo 123.2 de la anterior LGT donde se señalaba que el examen de la documentación está ceñido por la finalidad legal específica de comprobar los elementos declarados que conforman la devolución misma.

En opinión del recurrente en alzada el TEAR confunde la facultad de requerimiento de los registros y documentos establecidos por las normas tributarias con la facultad de examen de la documentación contable de la actividad. Asimismo, señala que del acuerdo del TEAR parece deducirse que las facultades de la oficina gestora debían limitarse a comprobar si las retenciones soportadas por el contribuyente coincidían con las declaradas, pero el resto de la información contenidas en los citados libros-registro de ingresos y gastos de la actividad no pueden ser objeto de comprobación y verificación, extremo contrario al texto del artículo 123 LGT.

El recurrente da un paso más allá cuando señala la facultad de solicitar los registros y documentos establecidos por las normas tributarias “debe ser ejercitada de forma plena, sin necesidad de ser complementada con un informe emitido por la Inspección”. En apoyo de este argumento se recurre al Plan General de Control Tributario de 2003, del que concluye la competencia plena para la realización de comprobaciones abreviadas por los órganos gestores.

Ante estas razones, el TEAC entiende que el artículo 123.2 “trátándose, pues, de una norma excepcional de habilitación, esto es, de atri-

bución de competencias, es preciso entenderla en los propios términos en que ha sido dictada, y para los fines para los que ha sido conferida la competencia” que se encuentran explícitamente en la norma. Por tanto, el TEAC realiza una interpretación literal del precepto, lo que lleva a acotar en términos efectivos la extensión de la potestad comprobadora del órgano gestor. De hecho, termina declarando que “en ningún caso el órgano gestor está efectuando una comprobación plena el hecho imponible”. La cuestión más controvertida es que recurra al fundamentar este extremo en la imposibilidad de comprobar a partir del examen de la documentación contable de actividades profesionales y empresariales, puesto que la “plenitud” de la actividad comprobadora se alcanza por las facultades habilitadas para su práctica y no por los medios de comprobación dispuestos.

Más enjundia tiene la declaración acerca de la innecesaria solicitud de informe por parte del órgano de gestión tributaria cuando compruebe que los datos declarados coinciden con los datos registrados pero interprete una norma de forma distinta a como lo hace el contribuyente. Para el TEAC no es preceptiva dicha solicitud de informe a la Inspección, lo cual no vulnera las reglas materiales y de procedimiento aplicables, dejando a salvo las situaciones en que el mismo órgano de gestión considere la conveniencia de dicha solicitud. Esta precisión debe destacarse en tanto en cuanto pensamos que el informe de la Inspección no aportaría más luz a la comprobación de un determinado aspecto, salvo que se requiera el desarrollo de facultades vetadas a los órganos gestores. Por ello, nos parece más lógica esta postura que la mostrada por el TEAC en la Resolución de 9 de mayo de 2001 donde señaló que en caso de controversia ente la Administración y el obligado tributario, debida a una interpretación de la norma diferente, procedía solicitar el oportuno informe de la Inspección.

2. PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN. UTILIZACIÓN DE PRUEBAS EN ACTUACIONES QUE AFECTAN A VARIOS IMPUESTOS

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de marzo de 2005

El TEAC despeja en esta Resolución diversas alegaciones manifestadas por el recurrente contra la liquidación dictada como consecuencia del desarrollo de actuaciones inspectoras en materia de IVA e IS.

En concreto, cabe destacar la segunda alegación donde el recurrente se centra en atacar como dilación imputable al mismo la referida en el acuerdo de liquidación por no haber contestado en plazo a la presentación de documentación requerida por la Inspección. A estos efectos, el recurrente estima que no puede imputarse una dilación por el retraso en la aportación de documentación irrelevante para las actuaciones, como es en el caso específico los informes de auditoría.

Para el recurrente la irrelevancia de los informes de auditoría viene demostrada, en primer lugar, por el hecho de su no incorporación al expediente y, en segundo lugar, porque el contenido no se utiliza por la Inspección.

Pues bien, el TEAC deja claro al respecto que la irrelevancia de los informes de auditoría carece totalmente de fundamento, ya que, en todo momento, contienen una información tributaria de trascendencia para la Inspección. Y en respuesta a las razones alegadas, el TEAC sostiene que el hecho de que tales informes no se hayan incorporado al expediente de IVA no implica que la información contenida en los mismos no haya sido valorada por la Inspección, puesto que las actuaciones se referían al IS, impuesto para cuya comprobación resulta de vital importancia los informes de auditoría.

A este respecto, se trae a colación una Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2002 señalando que “cuando las actuaciones inspectoras se refieren a varios impuestos las mismas no pueden examinarse desde la exclusiva perspectiva de uno de ellos, sino con un carácter global o general, de donde se deduce que una eventual falta de aportación de la documentación exigida al efecto de comprobar uno de los tributos a que se extienden las actuaciones supondría una dilación imputable al contribuyente respecto de todos los impuestos objeto de comprobación” (F.J. 3º). A nuestro entender, esta teoría acerca de los efectos globales que provoca el incumplimiento del deber de aportación de la documentación requerida en la situación jurídica comprobada, debería tener una contrapartida para la Administración, de manera que los aspectos comprobados en un impuesto que fueran de utilidad para otro (como puede ser el caso IVA-IS o IVA-IRPF) surtieran efectos de cosa comprobada sin necesidad de duplicar actuaciones y ofreciendo una mayor seguridad jurídica al obligado tributario.

IV. INSPECCIÓN

1. INICIACIÓN Y DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS. INTERRUPTIONES Y DILACIONES. DOCUMENTACIÓN. ACTAS. CONTENIDO. MOTIVACIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de diciembre de 2004

En el presente recurso la Sala aborda varias cuestiones, la primera de ellas es la relativa a si, en el supuesto de autos, se produjo o no la caducidad de expediente por paralización del mismo durante un plazo superior al semestral establecido legalmente, aún cuando, durante ese periodo se practicó una diligencia de constancia de hechos que, a juicio del recurrente, carece de contenido alguno, siendo una mera <<diligencia argucia>> y, en consecuencia, incapaz de producir efectos interruptivos.

Pues bien, de conformidad con los artículos 30 y 31 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos, de acuerdo con el art. 29.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente y, con el art. 150.2 de Ley 5872003, de 17 de diciembre, General Tributaria – ésta última no aplicable a los presentes hechos -, la interrupción injustificada del procedimiento inspector por causas no imputables al obligado tributario determina que no se considerará interrumpido el plazo de prescripción a consecuencia de aquellas actuaciones inspectoras. No obstante, en el supuesto de autos no puede considerarse la paralización de las actuaciones que plantea el recurrente, por cuanto, lo que denomina éste como <<diligencia argucia>> tiene por objeto dar traslado al recurrente de una serie de manifestaciones producidas en el curso del procedimiento y en relación con el alcance general de la inspección, para que éste manifieste su conformidad o disconformidad con las mismas, más aún cuando se trata de una actuación inspectora de carácter general, tal y como se le comunicó al recurrente al inicio de las actuaciones. Por todo lo expuesto, la Sala procede a la desestimación del este primer motivo desestimatorio.

La segunda de las cuestiones acerca de la cual se pronuncia la Sala hace referencia a la pretendida falta de motivación de la liquidación

derivada del acta de disconformidad, alegada por el recurrente, si bien, a este respecto, la Sala sin mayores argumentaciones al estimar que se trata de una cuestión ciertamente obvia y, tras analizar el art. 49.2.d), del RD 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos, así como, el art. 145.1.b), de la anterior Ley General Tributaria, mantiene la motivación del acta, por cuanto en la misma existen más que cumplidas y congruas expresiones y consideraciones no sólo de los elementos constitutivos del hecho imponible, sino también de la totalidad de las circunstancias fácticas sobre las que se apoyan.

V. RECAUDACION

1. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS RECARGOS CONTENIDOS EN LA LEY 58/2003 A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DEL APARTADO PRIMERO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA Y DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de marzo de 2005

La cuestión planteada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central se circunscribe al examen de la procedencia o no de aplicar el recargo de apremio reducido del 10 por cien, a que se refiere el artículo 28.3 de la Ley 58/2003, a partir de la interpretación conjunta del contenido del apartado primero de la Disposición Transitoria Primera y del párrafo segundo del artículo 10.2 de nuestra Ley General Codificadora.

Comenzando, pues, por el último de los preceptos indicados, entiende el Órgano juzgador que el mismo, al referirse al carácter retroactivo de los recargos “respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable al interesado”, no quiso exceptuar los del artículo 28 de la Ley General Tributaria, deduciéndose ello de la ausencia de mención expresa a los mismos teniendo en cuenta que los únicos recargos regulados en la Ley 58/2003 son los contemplados en los artículos 27 y 28 de dicha Norma.

Dispone, por otro lado, el primer apartado de la Disposición Transitoria citada que los recargos del artículo 28 de la Ley General Tributaria “se aplicarán a las deudas tributarias cuyo período ejecutivo se inicie a partir de la entrada en vigor de la misma”. Disposición que, en palabras del Tribunal, “vendría a resolver el problema que pudiera suscitarse por el hecho de que el período ejecutivo se inicia por el mero transcurso del tiempo pero se exterioriza mediante un acto administrativo, la providencia de apremio. Evita así dicha disposición las dudas interpretativas que pudieran surgir acerca de si la normativa aplicable habría de ser la vigente al dictarse este acto, que es el que expresa el recargo devengado o la que estuviera en vigor al iniciarse el período ejecutivo” (F.J. 3ª).

Análisis conjunto, pues, de ambas disposiciones del que deduce el Tribunal, acertadamente, a nuestro juicio, que “cada uno de los preceptos citados tiene una finalidad que excluye su pretendida colisión” (F.J. 3º), radicando aquí la clave en orden a fundamentar la resolución desestimatoria del presente recurso cuya importancia radica, por otro lado, y desde nuestra perspectiva, en el avance que supone en la resolución de las cuestiones interpretativas y, en concreto, de aplicación en el tiempo que toda nueva Ley lleva consigo.

2. COMPETENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA PROCEDER A LA DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD QUE HA CESADO EN SU ACTIVIDAD. EXAMEN DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA ELLO

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2005

El “medio excepcional de impugnación”, en palabras del propio Tribunal Supremo, que da lugar al presente pronunciamiento, dictado en interés de ley, justifica la importancia del mismo centrándose su objeto, esencialmente, en el enjuiciamiento de la competencia de la Hacienda Municipal en orden a proceder a la derivación de la responsabilidad subsidiaria de los administradores de una sociedad que ha cesado en su actividad por las obligaciones tributarias de ésta.

Cuestión que es abordada por el Tribunal a partir de la interpretación del contenido del artículo 40 de la derogada Ley General Tributaria

que disponía la responsabilidad subsidiaria de los administradores por las “obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades” a fin de determinar, concretamente, el significado de la última expresión transcrita que, por lo demás, es, en esencia, la misma que utiliza la nueva Ley 58/2003, General Tributaria, en su artículo 43.1.b).

Cese de la actividad de la sociedad, por tanto, que es entendida por parte del Organismo juzgador en el sentido de que es suficiente que la misma “se encuentre total o parcialmente inactiva de hecho” teniendo dicho cese “un contenido fáctico, no jurídico, careciendo por tanto de contenido formalista, siendo necesario únicamente que la cesación de la actividad sea completa y presumiblemente irreversible, lo que debe quedar probado en el expediente por los órganos administrativos”, (F.J. 3º).

Requisito, en segundo lugar, al que se añade la existencia de la “condición de administrador al tiempo del cese extendiéndose la responsabilidad a las obligaciones tributarias pendientes y no prescritas de las empresas a la fecha de efectuarse la derivación”, (F.J. 3º), indicándose, en este sentido, que el artículo 40 de la Ley de 1963, como también el artículo 43.1.b) de la actual Ley General Tributaria, vinculan el supuesto de responsabilidad en ellos contemplado a la falta de diligencia del administrador que “omite el cumplimiento que le es debido para el abono de las deudas tributarias pendientes haciéndose partícipe con la sociedad del incumplimiento de la obligación tributaria”, (F.J. 3º).

Doctrina, a partir de la cual, declara el Tribunal Supremo que si las deudas tributarias de la empresa lo son por cualquiera de los tributos locales, no ofrece dudas el hecho de que la Administración Municipal pueda acordar la derivación de la responsabilidad subsidiaria a los administradores de la sociedad, con los requisitos que se acaban de señalar, no siendo necesario, además, que “la sociedad esté disuelta o liquidada o sometida a proceso de suspensión de pagos o quiebra”, (F.J. 3º).

3. EFECTOS LIBERATORIOS DEL PAGO DE TRIBUTOS EN ENTIDADES COLABORADORAS. REQUISITOS. NECESARIA REFERENCIA AL INGRESO REALIZADO EN EL JUSTIFICANTE ENTREGADO AL DEUDOR

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de octubre de 2004

La cuestión controvertida planteada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, a través de recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, gira en torno al examen de los requisitos que debe reunir una deuda tributaria satisfecha en alguna de las entidades colaboradoras de la Administración tributaria a fin de que produzca efectos liberatorios.

Objeto, pues, que es sometido a enjuiciamiento debido al hecho de que, en el caso analizado, en el justificante entregado al deudor por parte de la entidad no se hace referencia alguna al ingreso realizado por el mismo, lo que origina, a juicio del Organismo juzgador, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25.2 del Reglamento General de Recaudación, que no produzca efectos liberatorios “a menos que se pruebe”, prosigue el Tribunal, “que efectivamente la deuda fue ingresada en el plazo pretendido de conformidad con el artículo 114 de la Ley General Tributaria”, de 1963 y, todo ello, “sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al deudor frente a la entidad de depósito” (F.J. 3º).

4. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO. MODIFICACIÓN DE DOCTRINA A PARTIR DE LO DISPUESTO EN LA LEY 58/2003, GENERAL TRIBUTARIA

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de octubre de 2004

Se enjuicia en el presente pronunciamiento la posibilidad de equiparar la situación jurídica del administrador que, *de facto*, actúa como tal aunque en ningún momento se le reconoció dicho carácter ni tuvo un poder de sustitución de las facultades del administrador, con la propia del administrador de la sociedad.

Cuestión que el Tribunal Económico-Administrativo Central dirime en el sentido de negar dicha equiparación que no sería sino “una extensión analógica de la condición de sujeto responsable subsidiario que establece el artículo 40.1” de la ya derogada Ley General Tributaria, (F.J. 2º).

Doctrina que, desde nuestra perspectiva, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 43.1.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria, deberá ser objeto de revisión al disponer dicho precepto, como una de las novedades introducida por la nueva Ley, la extensión de la responsabilidad subsidiaria de los administradores de las personas jurídicas a los que lo sean tanto de hecho como de derecho, radicando en ello la importancia del análisis del presente pronunciamiento.

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. SANCIONES TRIBUTARIAS: SUSPENSIÓN, INEJECUTIVIDAD. IMPUGNACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2005

Este pronunciamiento aborda la suspensión de la sanción tributaria, y más concretamente sus efectos en vía jurisdiccional, a la luz de los artículos 212.3 («*La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos: / a) La ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa*») y 233.1 («*La ejecución del acto impugnado [en vía económico-administrativa] quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder, en los términos que se establezcan reglamentariamente. / Si la impugnación afectase a una sanción tributaria, la ejecución de la misma quedará suspendida automáticamente sin necesidad de aportar garantías*») y 8 («*Se mantendrá la suspensión producida en vía administrativa cuando el interesado comunique a la Administración tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. Dicha suspensión continuará, siempre que la garantía*

que se hubiese aportado en vía administrativa conserve su vigencia y eficacia, hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada./ Tratándose de sanciones, la suspensión se mantendrá, en los términos previstos en el párrafo anterior y sin necesidad de prestar garantía, hasta que se adopte la decisión judicial») de la nueva Ley general, 58/2003, de 17 de diciembre.

A juicio del Tribunal, «LA SOLUCION DEBE DE SER LA ESTABLECIDA EN EL FALLO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, es decir, que la suspensión de la sanción tributaria sin garantía acordada en la vía económico administrativa puede (y, en cierto modo, debe) MANTENERSE en la vía contencioso administrativa, con una serie de requisitos procedimentales complementarios (como son, al amparo del artículo 233.8 de la LGT 58/2003 [...]), que el interesado comunique a la Administración Tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo QUE HA INTERPUESTO dicho recurso y HA SOLICITADO la suspensión en el mismo -requisitos sin los que el mantenimiento indicado carece de virtualidad-), hasta que el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de su peculiar potestad decisoria cautelar, y ponderando, además, los intereses públicos y privados en juego, adopte la decisión, en la pieza separada de suspensión, que al respecto estime que es la pertinente» (F.J. 5.º). Destacaremos los siguientes aspectos de la resolución que nos ocupa:

Por lo que respecta a «SI ES PRORROGABLE, SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, EN LA VÍA JURISDICCIONAL, LA SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN TRIBUTARIA ACORDADA, CORRECTAMENTE, SIN NECESIDAD DE GARANTÍA, EN LA VÍA ECONÓMICO ADMINISTRATIVA», se dice que «la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, después de venir reconociendo que, en la vía administrativa y económico administrativa, la prestación de caución o garantía determinaba la suspensión “automática” de la liquidación tributaria, declara, en la sentencia del Pleno de la Sala de 6 de octubre de 1998 (en relación con la impugnación genérica de las liquidaciones de las deudas tributarias), la aplicación de ese mismo criterio, pero muy matizado, en la subsiguiente vía contencioso administrativa». «Es decir, a pesar del comentado cuasi-automatismo de la suspensión en la vía jurisdiccional [...] siempre se ha respetado, como se ha dejado expuesto, la potestad judicial de atemperar las medidas cautelares que el órgano jurisdiccional pueda o deba adoptar, en el marco de los

recursos contencioso administrativos, a las peculiares circunstancias que se deriven de la necesaria ponderación de los intereses públicos y privados puestos en juego». (F.J. 5.º, C).

En cuanto a «SI LA FRASE DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 1/1998, Y DE OTROS PRECEPTOS SIMILARES POSTERIORES DE LOS QUE LUEGO SE HARÁ MENCIÓN, CONSISTENTE EN QUE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES QUEDARÁ SUSPENDIDA EN PERÍODO VOLUNTARIO SIN GARANTÍA “HASTA QUE SEAN FIRMES EN VÍA ADMINISTRATIVA” DEBE INTERPRETARSE COMO ‘HASTA QUE HAYAN CAUSADO ESTADO EN DICHA VÍA’, O BIEN COMO ‘HASTA LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DEL POSTERIOR RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO’, O BIEN COMO ‘HASTA LA DECISIÓN JUDICIAL SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN INCOADA EN EL MISMO’», se afirma que «lo que se exige, para la ejecutividad de la sanción, es la llamada firmeza en vía administrativa (o sea, que ésta se agote), y no la firmeza en el sentido de que, hasta la resolución final del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría afirmarse que la sanción había quedado firme en vía administrativa» (F.J. 5.º, E).

Por lo que se refiere a «SI, EN DEFINITIVA, SE ESTÁ ANTE UN SUPUESTO DE ‘INEJECUTIVIDAD’ DE LA SANCIÓN TRIBUTARIA O ANTE UN CASO DE ‘SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LA MISMA’», leemos que «No se está [...] ante un supuesto de inicial inejecutividad de la sanción tributaria (como ha venido aceptándose, en varias sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera, hasta la de fecha 5 de octubre de 2004), que determina que, mientras que el órgano jurisdiccional, en la sentencia del recurso contencioso administrativo, o en otra resolución que lo ultime, no decida sobre la virtualidad o no de la infracción imputada y de la sanción impuesta, no será factible, sin necesidad de caución, la ejecución de la misma, SINO ANTE UN CASO, por imperativo legal, DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD (propia, ésta última, inicialmente, de todo acto administrativo) de la sanción, hasta un determinado momento procesal o procedimental». «Y tan es así, o sea, el que se está ante una sanción en principio ejecutable, susceptible, no obstante, de poder ser suspendida sin necesidad de caución, que el artículo 37.2 del Real Decreto 1930/1998 dispone que “las sanciones suspendidas devengarán los

correspondientes intereses de demora conforme a las reglas generales, procediéndose a su cobro una vez que la sanción impuesta adquiriera firmeza en vía administrativa” y que el artículo 212.3.b) de la Ley 58/2003 señala (con una redacción que en definitiva, a pesar de su poca claridad, viene a establecer lo mismo) que “no se exigirán intereses de demora -cualquiera sea el momento de su devengo, se debe entender- por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en periodo voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”». «Devengo de intereses (con postergación de su cobro) que no sería factible si se reputara que las sanciones tributarias son, per se, y de entrada, inejecutables». (F.J. 5.º, D).

2. IRPF. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. DENUNCIA, QUE-RELLA: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005

(Dejaremos constancia aquí del contenido esencial del 10.º Fundamento de Derecho.)

Puesto que se admite pacíficamente ante el Tribunal Supremo que el plazo de prescripción del delito contra la Hacienda Pública a que se refiere este asunto es de cinco años, dicho órgano declara que no entrará «en el debate de la diferencia inequívoca entre la prescripción de la infracción tributaria y del delito» (plazos de cuatro y cinco años, respectivamente –excepto para el delito contable, cuyo plazo de prescripción es de tres años-).

Señala más adelante el Supremo que «En todo caso, lo verdaderamente importante es determinar el momento en que la deuda tributaria derivada del pago de la renta de las personas físicas era exigible al cumplirse el vencimiento de los plazos legalmente establecidos para hacer la declaración-liquidación tributaria. Al tratarse del impuesto de la renta de las personas físicas de cantidades imputables al año 1991 el momento en que debía hacerse la declaración-liquidación es el que determina la consumación del delito a partir del cual se comienza a contar el plazo o período de prescripción. Este momento era el 20 de Junio de 1992». Así pues, es posible la persecución del delito cuando ésta se inicia.

«La interrupción del plazo de prescripción –leemos después- comienza con la presentación de la querella del Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia con fecha 17 de Junio de 1997, es decir, días antes de cumplirse los cinco años. Por una diligencia de ordenación se pasa a reparto el siguiente día 18». Y «Corresponde el reparto al Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona que con fecha 19 de Junio de 1997 incoa Diligencias Previas». Con posterioridad, «por Auto de 1 de Julio de 1997 decide admitir la querella (el término de cinco años se cumplió el 20 de Junio de 1997) y cita a declarar como imputado, al querellado».

A juicio del Tribunal Supremo, para que se interrumpa la prescripción no es necesario que se decida admitir la querella; basta con el acto de incoación judicial dictado a la vista de la denuncia o querella presentadas. Se dice en el referido Fundamento de Derecho: «Como ha señalado reiteradamente la última jurisprudencia de esta Sala la resolución judicial que acuerda incoar Diligencias Previas interrumpe la prescripción, siendo indiferente que, la “notitia criminis”, es decir el conocimiento de hechos delictivos que se atribuyen a personas o grupos perfectamente identificados, revista la forma de denuncia o de querella ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, Fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el Recurso de Reforma. Este auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado. No se puede hacer de peor condición al querellante que asume una costosa carga para poner en marcha el proceso, que al denunciante que limita su actuación a una manifestación oral o escrita».

Coincidimos con el Supremo en que «Condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querella sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado».

Por tanto, «el Auto, de 19 de Junio de 1997, puso fin al plazo de prescripción de cinco años».

VII. REVISIÓN

1. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 2005

En esta sentencia el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en interés de la ley aportando doctrina jurisprudencial acerca del momento del cómputo de la prescripción el derecho de devolución de ingresos indebidos en los casos en que posteriormente se declara inconstitucional la norma aplicable al supuesto concreto.

La sentencia recurrida mantenía que, de acuerdo con la teoría de la actio nata, el plazo prescriptorio del derecho a la devolución de ingresos indebidos debe comenzar a contarse en el momento en que la declaración de inconstitucionalidad es conocida y tiene efectos frente a todos, cesando la vigencia y eficacia de la norma cuyo valor normativo superior impedía hasta entonces la solicitud de devolución de ingresos.

Para la representación procesal de la Administración recurrente esta doctrina es incorrecta y gravemente dañosa para el interés general, fundamentalmente porque para considerar que el cómputo de la prescripción para la devolución de ingresos indebidos fijado en la LGT de 1963 no opera cuando se trata de una declaración de inconstitucionalidad, utiliza pronunciamientos del Tribunal Supremo en que el objeto y, por tanto, los postulados eran distintos, al tratarse de la responsabilidad del Estado legislador.

La doctrina del Tribunal Supremo atiende a las razones alegadas por el recurrente señalando que la responsabilidad patrimonial que pueda reclamarse no puede servir, sin embargo, para rehabilitar el plazo de devolución de ingresos indebidos ya prescrito, tal y como ocurre en la sentencia de instancia donde se confunden procedimientos. De manera que el Tribunal estima el recurso de casación en interés de la ley estableciendo como doctrina legal que “el derecho a la devolución de ingresos indebidos ejercitado a través del procedimiento que regulaba el artículo 155 de la LGT de 1963 (...) prescribía por el transcurso el plazo establecido por dicha

Ley, y se computaba, de acuerdo con el artículo 65 de la misma, desde el momento en que se realizó el ingreso, aunque con posterioridad se hubiera declarado inconstitucional la norma en virtud de la cual se realizó el ingreso tributario, sin que quepa considera otro plazo y cómputo distinto de los aplicables al procedimiento de devolución, cuando indubitadamente éste había sido el único instado por los interesados”. Previene el Tribunal sobre la aplicabilidad de dicha doctrina a las situaciones jurídicas tras la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, a las que habrá que aplicar la norma sobre el inicio el cómputo del plazo de prescripción establecido para la devolución de ingresos indebidos en el artículo 67.1, último párrafo.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de Marzo de 2005

En el presente asunto el TEAC debe pronunciarse acerca de la admisibilidad del recurso extraordinario de revisión y, por otro lado, en relación con la cuestión de fondo que trata sobre la justificación solicitada de los medios de pago en determinadas ventas.

En cuanto a la primera cuestión, como es bien conocido, el recurso de revisión tiene una naturaleza excepcional y extraordinaria, así como la interpretación restrictiva que los tribunales han hecho de los mismos, vetando su aplicación analógica y extensiva a supuestos no contemplados por el legislador. De hecho, este recurso sólo puede ser interpuesto por alguno de los motivos taxativamente establecidos en la ley. Pues bien, el TEAC en este caso admite el recurso extraordinario de revisión por la aparición de documentos de valor esencial para la resolución de la reclamación, ignoraos al dictarse o de imposible aportación entonces al expediente, y ello en atención a un criterio de verificación de la imposibilidad cierta de la empresa reclamante de aportar la documentación justificativa de los pagos, habiendo agotado todas las posibilidades para obtener la documentación requerida. Aquí reside la importancia de esta Resolución donde el TEAC conviene en la suficiencia de los medios probatorios presentados para justificar las dificultades que encontró el recurrente para la aportación en otras actuaciones e instancias de la documentación que en su día le fue requerida.

Respecto a la cuestión de fondo, el TEAC procede a anular el fallo impugnado y ordena la devolución del expediente al órgano gestor para que se proceda a la revisión de la documentación aportada y compruebe si ha quedado justificado el destino de las partidas vendidas por los que se practicó la liquidación impugnada.

3. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. EFECTOS DE COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de diciembre de 2004

En esta ocasión se dilucida un recurso contencioso-administrativo en el que se pronuncia el Tribunal acerca de si concurren los efectos de cosa juzgada administrativa cuya operatividad se muestra al impedir, salvo en los casos de nulidad de pleno derecho o recurso extraordinario de revisión, la revocación o modificación de las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos en vía administrativa.

Para el TSJ de Cataluña la cosa juzgada administrativa se aplica incluso en los casos, como el presente, en que el TEAR anuló la liquidación recurrida por no haberse remitido el expediente de gestión durante la sustanciación de la reclamación económico-administrativa. Según el tribunal, la falta del expediente de gestión determina la nulidad del acto recurrido porque priva al interesado de su derecho de defensa, al acto impugnado del soporte que le ha de servir de fundamento, y al TEAR de la posibilidad de llevar a cabo adecuadamente la función revisora que tiene legalmente encomendada.

Así pues, a juicio del tribunal, la resolución del TEAR al anular la liquidación anterior no lo hizo por razones de forma, sino por razones de fondo (en concreto, por infracción de derechos constitucionales, la falta de procedimiento), por tanto, la consecuencia no puede ser nunca la retroacción de actuaciones o el seguimiento de las mismas anteriores, ya anuladas de forma firme y definitiva. Y lo más importante, es irrelevante que se haya apreciado nulidad de pleno derecho o anulabilidad a efectos de la producción de la cosa juzgada administrativa.

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1.- HECHO IMPONIBLE. SUBVENCIÓN A CARGO DEL PLAN ENERGÉTICO DE CANARIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Canarias, Las Palmas, de 16 de julio de 2003

Constituye el objeto del recurso examinar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo por el que se desestima la reclamación interpuesta contra la liquidación provisional correspondiente al ejercicio de 1996 al haber incluido una subvención concedida por el Gobierno de Canarias bajo el concepto de incremento de patrimonio regular y que no había sido autoliquidada y, cuya nulidad postula la representación procesal de la recurrente.

Para dar respuesta a ello la Sala parte de la naturaleza jurídica de la subvención abordada por el Tribunal Supremo y de la normativa tributaria en orden a la concreción del régimen tributario que resulta aplicable. La delimitación de esta normativa requiere precisar, primero, la exclusión de la subvención del ámbito de aplicación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, consecuentemente a su aplicación exclusiva a las transmisiones onerosas, así como también del campo de aplicación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. La razón se encuentra en que la subvención, sin perjuicio del carácter contractual que le reconoce la jurisprudencia, tiene también el carácter de un instrumento de la actividad administrativa de fomento que, al darle una marcada finalidad pública, impide su calificación como un negocio jurídico privado (art. 3.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, así como art. 3.c) del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley). Por esta razón la Sala estima que las subvenciones se encuentran sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como impuesto general respecto del cual el Impuesto de Donaciones tiene carácter especial, según se expresa en la Exposición de Motivos de la citada Ley 29/1987 tal y como se recoge en de 2002.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la subvención concedida sólo alcanzaba hasta el 80 por 100 de dicha inversión, lo que supuso que, para

realizar la indicada electrificación, la recurrente tuviera que realizar un gasto con cargo a sus ingresos propios; el que la recurrente sea la promotora de la instalación eléctrica en baja tensión (B.T) que había de ejecutarse con el fin de permitir el suministro de energía en las condiciones debidas, y el hecho, indiscutible, de que la compañía eléctrica UNELCO es la destinataria real de subvenciones como la que da lugar al presente recurso, puesto que es ella quien adquiere la disponibilidad y uso de dicha instalación una vez ejecutada -financiada en parte con la subvención de la Consejería y en parte con la aportación propia de la demandante-, pudiendo dicha empresa utilizarla para el suministro de otras viviendas distintas a la de la promotora, viviendas que pueden ser conectadas a la nueva línea eléctrica en razón de su proximidad y de que técnicamente resulte factible, sin que por quien promovió la instalación perciba compensación económica de ningún tipo, lleva a la Sala a estimar que “no hallándose sujeta la meritada subvención al impuesto de donaciones, procede determinar si en el supuesto de autos, procede la liquidación por el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Mas el artículo 44 del Impuesto dispone que: Uno. Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo lo dispuesto en los apartados siguientes»... Y si la finalidad de la subvención era proporcionar energía eléctrica a la vivienda de la recurrente, dada su indudable función social, cuya instalación queda a disposición de la empresa suministradora, no puede reputarse como un incremento patrimonial de la recurrente pues el artículo 47 de la Constitución Española, dispone que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»; no pudiéndose reputar como tal la que carezca de un servicio esencial, como es la electricidad; lo que determina que no deba considerarse sujeta al impuesto sobre la renta de las personas físicas” (F.J. 4º).

2.- HECHO IMPONIBLE. INCREMENTO DE PATRIMONIO. DONACIÓN DE ACCIONES PIGNORADAS EN LA QUE EL DONATARIO SE SUBROGA EN LA DEUDA GARANTIZADA. NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo de 2005

El tema de fondo versa sobre el tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1989, de los incrementos de

patrimonio derivadas de donaciones de acciones pignoradas, en las que el donatario se subroga en la deuda garantizada, y, más concretamente, sobre el tipo de gravamen aplicable.

Mientras que para el donante, el incremento de patrimonio derivado de la donación es lucrativo, de la misma manera que para el causante de un legado el incremento de patrimonio es todo él lucrativo, aunque al legatario se le impongan cargas, por lo que procede, a su juicio, la aplicación del tipo del 20 %, para la Administración es distinto, al entender que las donaciones con subrogación de deudas generan dos tipos de incrementos, uno lucrativo, sometido al tipo especial del 20 %, constituido por el tramo del incremento comprendido entre el importe del préstamo subrogado y el valor de las acciones donadas, y otro oneroso, sometido, al tipo de tarifa, sobre el tramo comprendido por la diferencia entre el coste de adquisición de las acciones donadas y el préstamo. La Administración acude a la normativa civil, principalmente a los artículos 619 y 622 del Código civil y al art. 29 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, todo ello, en relación con la regla de calificación del antiguo art. 25 de la estimando que pueden existir actos mixtos, de tal forma que un negocio oneroso puede derivar efectos lucrativos a favor de una de las partes, cuando el valor de la prestación a su cargo no alcance al de la recibida de la otra; y analógicamente, cabe que un negocio lucrativo produzca consecuencias onerosas, si la parte beneficiada por el mismo debe realizar una prestación como consecuencia del negocio en que interviene, como es el caso de donación modal u onerosa.

Para la Sala, en el presente caso, nos encontramos ante una donación onerosa, prevista en el artículo 619 del Código Civil, que es aquélla en que se impone al donatario una carga o modo, debiendo ser el gravamen impuesto inferior al valor de la cosa donada, ya que si fuera igual o mayor estaríamos ante un auténtico contrato oneroso. En cualquier caso, y acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sala llega a la conclusión de que “en estos casos nos encontramos ante un negocio jurídico complejo, pues en esta clase de donaciones el ánimo de liberalidad no afecta a todo el importe donado, por lo que difícilmente se puede afirmar el carácter de donación auténtica, ni tampoco el carácter exclusivo de negocio oneroso. Estamos ante un acto mixto, siendo de aplicación el

artículo 622 del Código Civil (por las reglas de los contratos) hasta la concurrencia del gravamen y las reglas de la donación en cuanto al exceso de liberalidad. Por tanto, el desdoblamiento del artículo 622 se debe aplicar siempre que se pueda fijar y valorar la parte onerosa y la lucrativa, y que es lo que nos permite que a un mismo incremento de patrimonio se le aplique simultáneamente las reglas del incremento patrimonial oneroso y del incremento lucrativo. En efecto, en el caso litigioso, la operación realizada llevaba aparejada la liberación de la deuda pignoratícia que el hoy recurrente tenía contraída con una entidad de crédito, lo que implicaba un incremento de su patrimonio en un importe igual al de la deuda pignoratícia de la que se liberaba, y además, realizaba una donación en cuanto al exceso.

Nos encontramos, pues, con un negocio jurídico que produce efectos diversos, lucrativos y onerosos, los primeros en cuanto al exceso de valor de lo donado sobre la deuda asumida y los segundos por la parte concurrente, porque con la transmisión de las acciones el donante se liberaba de su deuda. Resulta, por tanto, evidente que en este caso la donación tenía un elemento oneroso, por la transmisión de la deuda al donatario, así como otro lucrativo” (F. J. 6º).

3.- RETENCIONES. RENTAS SUJETAS A RETENCIÓN. CARÁCTER AUTÓNOMO DE LA OBLIGACIÓN DEL RETENEDOR DE RETENER. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RETENER

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 2005

La cuestión esencial debatida en el recurso Contencioso-Administrativo resuelto por la sentencia impugnada, es la relativa al nacimiento y subsistencia de la obligación de retener de la sociedad demandante, por rendimiento de capital mobiliario, consecuencia del reparto de beneficios o dividendos a los accionistas. El tema debatido debe ser resuelto conforme a la Ley del Impuesto y al RIRPF/1991, que contemplan el régimen de retenciones por dividendos con independencia de que el pagador sea una sociedad mercantil. Y, de acuerdo con tales previsiones, la obligación de retener se liga al hecho de «satisfacer o abonar» rentas sujetas al Impuesto. Y, así, del texto legal se deduce que «si no se satisface o abona renta alguna no debe realizarse la retención».

Partiendo de los hechos probados, la Sala estima que no todos los rendimientos del capital mobiliario merecían la consideración de explícitos. Y para la determinación del momento en que nacía la obligación de retener sobre los rendimientos del capital mobiliario, podía resultar decisivo distinguir entre rendimientos explícitos (art. 49 RIRPF/1991) y rendimientos implícitos (art. 50 RIRPF/1991). Ahora bien, la referida distinción no puede hacerse en los términos que propone la recurrente, sino que, de acuerdo con el artículo 37 LIRPF/1991, los dividendos de los accionistas quedaban incluidos en su apartado 1.1º. Esto es, en los rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier entidad, a los que no se aplicaba la distinción entre las mencionadas categorías, sólo predicables de los rendimientos contemplados en el apartado 1.2º de dicho precepto: rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Dicho en otros términos, sólo dentro de esta segunda clase de rendimientos o segundo epígrafe se distinguen, a su vez, entre rendimientos explícitos, implícitos y mixtos. Así resultaba también de las previsiones contenidas en el que desarrolló la Ley sobre Régimen Fiscal de determinados Activos Financieros.

Se trata, por tanto, de determinar, en el caso de los dividendos, que quedan al margen de la referida distinción, si el momento del nacimiento de la obligación de retener era cuando resultaban exigibles por el receptor o lo era cuando se materializaban tales dividendos. Cuestión que ha de resolverse, al margen de la inaplicabilidad de la distinción entre rendimientos explícito e implícito, conforme al criterio expresado en la resolución del TEAC originariamente impugnada.

En efecto, el acuerdo adoptado por la Junta General de la Sociedad el 17 de febrero de 1992 determina el nacimiento del derecho de los accionistas a percibir los dividendos y simultáneamente la obligación de la entidad a retener el IRPF correspondiente a las cantidades que debía satisfacer, como resulta del artículo 98 LIRPF/1991 y del carácter que tienen los dividendos de rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios. Así resultaba también del artículo 32.1 de la reguladora del Impuesto de Sociedades y de los artículos 253 y 254 de su Reglamento, aprobado por según los cuales dicha obligación nace en el momento en que los rendimientos sujetos a retención resultan exigibles, estableciendo

el último de los preceptos citados que se entenderán exigibles los rendimientos «en los dividendos, en el primer día señalado para la distribución del acuerdo correspondiente».

En definitiva, la Sala estima que “si el derecho de crédito del accionista al pago de los dividendos nace al día siguiente a aquel en que se adopta el acuerdo de repartirlos -siempre que éste no establezca otra cosa- en ese mismo momento nace para la sociedad la obligación de efectuar la correspondiente retención y para la Hacienda Pública el derecho al cobro de la cantidad que se ha debido retener. Criterio, por otra parte, coincidente con la actuación de la entidad interesada que presentó la oportuna declaración-liquidación por el concepto de retenciones por rendimientos del capital mobiliario correspondiente al acuerdo de 17 de febrero de 1992, aunque solicitando, al mismo tiempo, el aplazamiento en el pago de la deuda autoliquidada” (F.J. 6º).

Es, asimismo, el criterio que incorporan las sucesivas normas reglamentarias sobre el IRPF, no aplicables al presente supuesto *ratione temporis*, pero que pueden tenerse en cuenta porque, en este extremo, no vienen a innovar sino a ratificar y a aclarar la previsión de la anterior normativa sobre el nacimiento de la obligación de retener e ingresar a cuenta sobre los rendimientos del capital mobiliario, disponiendo: con carácter general que tales obligaciones nacen en el momento de la exigibilidad de los rendimientos del capital mobiliario sujetos a retención o ingreso, o en el de su pago o entrega si es anterior; y, de manera especial, para los dividendos, en la fecha establecida en el acuerdo de distribución o a partir del día siguiente al de su adopción a falta de determinación de la citada fecha.

La sentencia de instancia parte del expresado criterio, que se entiende ajustado a Derecho. Y así afirma que «en consecuencia, si los dividendos eran exigibles desde el 18 de febrero de 1992, la obligación de retener e ingresar dicho importe nacía para la sociedad recurrente en ese momento», añadiendo una referencia al carácter autónomo e independiente que la obligación de retener e ingresar tiene para el retenedor, respecto al perceptor del rendimiento, por lo que son irrelevantes las circunstancias posteriores en cuanto a la anulación del acuerdo inicial, porque ya la obligación había nacido *ex lege* y no resulta posible por impedirlo el artí-

culo 36 de la LGT el que mediante un acuerdo societario se altere el contenido y alcance de dicha obligación (F.J.3º).

Pero lo que no se comparte por la Sala, precisamente porque no resulta compatible con la propia doctrina que inspira la sentencia que se entiende correcta, es el siguiente inciso con que termina dicho fundamento jurídico:

«Ahora bien, aunque no tenga trascendencia en orden al nacimiento de la obligación de retener, sí la tiene el acuerdo de 4 de noviembre de 1992, en orden a dejar sin efecto el reparto de dividendos con eficacia desde ese momento, por lo que deberá devolverse a la actora las cantidades apremiadas correspondientes a las retenciones a cuenta que se hayan exigido con posterioridad a esa fecha».

En efecto, según el TS “se trata de una escueta afirmación, casi apodíctica, que se erige en la razón de decidir de la sentencia y que, sin embargo, es contradictoria con las correctas premisas de que aquella parte. En primer lugar, no tiene en cuenta la referida autonomía de la obligación de retener del retenedor con respecto a la percepción del dividendo por los accionistas, ya que la renuncia a éste, en el referido inciso, parece suponer la extinción de aquélla. En segundo término, la obligación de retener surgida y perfeccionada ex lege desde el momento en que se adopta el acuerdo de reparto de dividendos no nace supeditada en su exigencia a un determinado plazo de caducidad, como parece ser, en el inciso de que se trata, el que media entre la adopción de dicho acuerdo y aquel en el que se renuncia a los dividendos. Por último, la extinción de la obligación de retener no puede quedar a la libre decisión o a la libre disponibilidad del obligado, mediante la adopción de un acuerdo en sentido contrario. En definitiva, el ulterior acuerdo de la Junta Universal de 4 de noviembre de 1992 puede suponer una renuncia de los accionistas al dividendo que les correspondía en virtud del anterior acuerdo de 17 de febrero; pero, frente a lo que resulta exclusivamente del mencionado inciso de la sentencia impugnada, sin incidencia en la obligación de retener ya surgida y plenamente exigible” (F.J. 7º).

4- EXENCIONES. PENSIONES POR INUTILIDAD O INCAPACIDAD DE FUNCIONARIOS. REQUISITOS. PRUEBA DE LA INHABILITACIÓN PARA TODA PROFESIÓN U OFICIO

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo y 1 de abril de 2005

Se impugna por la Administración General del Estado, mediante esta modalidad casacional «para unificación de doctrina», la estimatoria del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de dicha Comunidad que había denegado su pretensión de que la pensión que tenía reconocida por incapacidad permanente con cargo al Régimen de Clases Pasivas del Estado quedara exenta del IRPF y de su sistema de retenciones a cuenta.

Importa reproducir la correcta doctrina recogida en las sentencias acabadas de mencionar y enfrentada a la de la sentencia aquí impugnada en que las Salas de Madrid y Extremadura analizan el alcance de la sentencia constitucional y su incidencia en el supuesto enjuiciado.

En efecto; en la Sentencia de la Sala de Madrid de 14 de noviembre de 1996 se afirma -Fundamento de Derecho Segundo- que «La cuestión planteada ha recibido, como señala el actor, cumplida respuesta en el fallo del Tribunal Constitucional de que, como no puede ser de otra forma, la Sala acepta ajustando sus pronunciamientos al contenido del mismo... La decisión del Alto Tribunal anula el precepto cuestionado «solo en la medida en que viene a suprimir, únicamente para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta, la exención de dicho Impuesto».

«Pues bien, la incapacidad permanente absoluta -sigue la sentencia- viene definida en todas las normas vigentes (texto refundido de la Ley de la Seguridad Social aprobado por y como la situación que “inhabilita por completo al trabajador para toda profesión y oficio”. Sin embargo, la calificación recibida por el actor se hizo de acuerdo con una norma que no requiere dicha situación sino que se ampara en la más amplia de la incapacidad permanente cuya inhabilitación toma como referencia exclusivamente las tareas funcionariales según se desprende del art. 28.2 del , que

aprueba el Texto Refundido de Clases Pasivas. Es cierto, no obstante, que no existe un pronunciamiento contrario a la apreciación de una incapacidad superior -la absoluta- que daría como resultado la exención de la pensión de jubilación, puesto que tal exclusión no se ha producido al no requerirlo el acto jurídico que pretendía -la jubilación por incapacidad- pues para éste era suficiente la parcial, y en este sentido no cabe oponer acto consentido a las pretensiones del actor. No lo es menos, sin embargo, que el hipotético derecho a la exención del actor nacería de una incapacidad del tipo descrito como absoluto, y que este hecho debió ser probado por el actor en virtud de carga de prueba que le incumbe tal y como señala el art. 114 de la y que dicha prueba se ha omitido en la impugnación de los actos que ahora se examina, razón por la que la Sala no puede sino confirmar los actos impugnados no ya por la legalidad constitucional de las normas aplicadas, criterio que tampoco sostuvo la Sala en los fallos anteriores al pronunciamiento constitucional, sino por falta de acreditación de la circunstancia que haría aplicable la inconstitucionalidad apreciada y opera tanto después del fallo que así lo ha hecho como con anterioridad al mismo, en cuanto determinante de la relevancia de la cuestión de constitucionalidad que en su caso se hubiera planteado».

Por su parte, la Sentencia de la Sala de Extremadura de 7 de mayo de 1997 añade: «Ello significa que para el Tribunal Constitucional las prestaciones que perciben los funcionarios cuando se encuentran en una situación de incapacidad que les impida ejercer cualquier otra función, profesión u oficio, deben recibir el mismo trato que reciben las pensiones (de) quienes estén en situación de incapacidad permanente absoluta reconocida por la Seguridad Social. Por tanto, de esta declaración de inconstitucionalidad no se van a poder beneficiar todos los funcionarios que se encuentren en una situación de incapacidad permanente, pues la sentencia sólo afecta a los funcionarios públicos, civiles o militares, incluidos en el régimen de clases pasivas perceptores de pensiones de jubilación o de retiro por incapacidad permanente absoluta, interpretada de forma equiparable a la laboral, esto es, cuando exista objetivamente la situación de incapacidad permanente absoluta, pues como apunta la la coherencia del ordenamiento en su conjunto impide “que el legislador tributario aproveche los desajustes normativos entre los regímenes de protección social de los trabajadores y funcionarios para excluir, siquiera sea parcialmente, sin justificación razonable, a estos

últimos del sistema de exenciones previsto en relación con las percepciones por invalidez devengadas”. Esta interpretación ha sido acogida también por el legislador cuando ha dado una nueva redacción al art. 9.c) de la vigente , mediante la , de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, pues ha precisado que las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio de los funcionarios de las Administraciones Públicas están exentas “siempre que la lesión o enfermedad que hubiere sido causa de las mismas inhabilitare por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio”, consciente de que en el régimen de clases pasivas solo se contempla la situación de incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Pues bien, en el supuesto que estamos enjuiciando, el recurrente no acredita que la inutilidad que padece le inhabilita por completo para toda profesión u oficio, ni siquiera se describen las lesiones sufridas en su día, ya que se ha limitado a manifestar que la inutilidad se produjo en acto de servicio, no habiendo acompañado ni un solo documento acreditativo del tipo de tales lesiones a los efectos pretendidos. En vía administrativa y en esta jurisdiccional, el recurrente ha tenido la posibilidad de proponer y, en su caso, practicar prueba encaminada a ese fin, cosa que no ha hecho, y, por tanto, hemos de considerar que no concurren en el caso que estamos enjuiciando las circunstancias a las que está supeditada la exención, puesto que no se ha probado que la situación del actor es equiparable a una situación de incapacidad permanente absoluta, y, por tanto, nos hallamos ante una renta sobre la que procede practicar la retención correspondiente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 98 de igual Ley 41 y siguientes del ».

La sentencia de 20 de diciembre de 1999 de esta Sala (), aducida por el Abogado del Estado como contradictoria de la aquí impugnada, decía que la sentencia que había sido objeto de recurso ofrecía la peculiaridad -como la sentencia recurrida en el caso de autos- de que no analizaba el problema de la carga de la prueba y de ello deducía esta Sala entonces que la sentencia impugnada había concedido la indemnización sin que el actor probara el grado de su incapacidad permanente, pues no se practicó prueba alguna en la instancia, todo lo cual envolvía una doctrina contraria abiertamente al art. 114 de la y, por ende, a la de las sentencias de las Salas de Madrid y Cáceres, aportadas entonces como contradictorias, que la aplicaron correctamente

En consecuencia, “la sentencia de 20 de diciembre de 1999 de esta Sala estimó el recurso y casó la sentencia recurrida, declarando como doctrina correcta la fijada en las sentencias de 14 de noviembre de 1996 y 7 de mayo de 1997 de las Salas de la Jurisdicción de Madrid y Cáceres, al ser dicha doctrina la que debe exigirse de conformidad con el art. 114 de la Ley General Tributaria, y, entrando a conocer del recurso Contencioso-Administrativo que se debatió en la instancia, lo desestimó por falta de prueba de la situación jurídica que daba derecho a la exención solicitada” (F.J. 5º).

Por último, ha de hacerse presente que la Sala, en Sentencia de 29 de mayo de 1998, recaída en el recurso de casación en interés de , ha sentado como doctrina legal en su fallo -que es la única relevante y obligatoria con arreglo al art. 100.7 de la vigente -, a propósito de actos de retención tributaria a cuenta del IRPF, ejercicio 1994, practicados sobre la pensión por incapacidad permanente percibida con cargo al Régimen de Clases Pasivas del Estado y en lo que aquí interesa, «que el funcionario jubilado por incapacidad permanente para el servicio que se considere con derecho a la exención, prevista y regulada en el art. 9º, apartado. 1, letra c) de la , del IRPF, según la redacción dada por el art. 14 de la , debe instar de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda el reconocimiento, de conformidad con lo previsto en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 22 de noviembre de 1996, de que se halla “inhabilitado por completo para toda profesión u oficio”, como presupuesto del derecho a la exención de la pensión de jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio de los funcionarios de la Administración Pública», y esta Sala ha continuado la interpretación que se deja expuesta en numerosos recursos de casación para unificación de doctrina, a partir, fundamentalmente, de las Sentencias de 20 de diciembre de 1999 y de 19 de julio de 2000, y supeditado el reconocimiento de la exención, en cada caso concreto, a que se haya probado por el o los interesados hallarse incursos en situación de inhabilitación por completo «para toda profesión u oficio».

En el supuesto de autos ya hemos dicho que no consta ni en el expediente administrativo ni en los autos prueba alguna relativa a que la situación del funcionario jubilado recurrente fuese la de incapacidad total para toda profesión u oficio. Al ser así es claro que el recurso articulado por el Abogado del Estado ha de ser estimado” F.J. 7º).

5. BASE IMPONIBLE. RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR UNA SOCIEDAD EN RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL. APLICACIÓN DE LAS DEDUCCIONES CORRESPONDIENTES A LA SOCIEDAD TRANSPARENTE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Burgos, de 23 marzo de 2005

Sin discutirse las bases numéricas de las que parte la actuación de la Administración que es objeto de recurso Contencioso-Administrativo, la polémica se centra en calcular el importe de la base imponible a integrar en la declaración del IRPF del socio por los rendimientos obtenidos por una sociedad en régimen de transparencia fiscal, cuando el objeto de esa sociedad transparente es la tenencia de participaciones de otras sociedades, así como el cálculo de la base para la aplicación de las deducciones correspondientes a la sociedad transparente y que también se imputan al socio. Mientras la Administración demandada sostiene que para el cálculo de la cantidad a integrar en la base imponible del impuesto de la renta, se ha de multiplicar la base imponible calculada conforme al Impuesto de Sociedades, ingresos menos gastos, por el coeficiente que resulta del art. 23.1.b) de la de IRPF, aplicable al ejercicio 2002. El recurrente por su parte considera que lo que se han de multiplicar por el citado coeficiente son solo los ingresos, y del resultado restar los gastos, para así determinar la base imponible imputable.

En cuanto a la integración de las deducciones que corresponderían a la sociedad transparente en la declaración de IRPF del socio, nos encontramos que mientras la Administración considera que para el cálculo de esas deducciones se ha de partir del importe de la base imponible imputada, aplicando sobre ella el porcentaje que resulta del art. 66.1 de la Ley 40/98 del IRPF. El recurrente por su parte sostiene, que ese porcentaje se ha de calcular solo sobre el importe de los ingresos imputados, ingresos que serían dividendos de sociedades percibidos por la sociedad transparente y que generan para ésta derecho a deducciones para evitar la doble imposición, derecho a deducir que se transmite al socio de la sociedad en régimen de transparencia fiscal.

Pues bien, según la Sala, nos encontramos pues ante un debate netamente jurídico respecto de dos cuestiones distintas. En cuanto a la primera de ellas, esto es, el importe de la base imponible a integrar en la declaración del IRPF del socio por los rendimientos obtenidos por una sociedad en régimen de transparencia fiscal, cuando el objeto de esa sociedad transparente es la tenencia de participaciones de otras sociedades, por muchas interpretaciones que quiera hacer el recurrente, nos encontramos como ya declaró la Sala de Cantabria, con una norma tajante como era el art. 52 de la en la redacción dada al mismo por la Disposición Final Cuarta de la del Impuesto Sobre Sociedades, que es trasladable al art. 72.1 de la del IRPF aplicable al ejercicio 2002, que es el que ahora nos ocupa.

En efecto, conforme a lo preceptuado en el art. 72.1 citado, los contribuyentes imputarán en la parte general de la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el art. 38 de esa Ley, la base imponible obtenida por las sociedades transparentes a las que se refiere el art. 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la proporción que resulte de los estatutos sociales y, en su defecto, de acuerdo con su participación en el capital social. Estableciéndose a continuación una especialidad, al añadir: No obstante lo dispuesto en el art. 75.3 de la Ley anterior, a la parte de base imponible imputada que corresponda a rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad residente en territorio español le será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del art. 23 de esta Ley.

Luego, “es claro que las previsiones del párrafo 1 del art. 23 de la Ley 40/98, vigente para el ejercicio 2002, son aplicables respecto de la parte de la base imponible imputada. Claridad de la norma que hace artificioso acudir al concepto de rendimientos recogido en el art.23. Es más, si de integración en la base imponible hablamos, es difícil entender que en esa base imponible se pretendan integrar rendimientos brutos, cuando lo que se integra en las bases imponibles son rendimientos netos. Consecuentemente, la primera de las discusiones por muchas y artificiosas elucubraciones que plante el recurrente, no merece respuesta distinta de la dada por la Administración demandada” F.J. 2º).

En cuanto al segundo extremo, es decir, la integración de las deducciones que corresponderían a la sociedad transparente en la decla-

ración de IRPF del socio, sostiene la recurrente que el porcentaje de deducción que prevé el art. 66.1 de la del 40 por ciento ha de aplicarse sobre los ingresos íntegros percibidos por la sociedad transparente, mientras que la Administración demandada considera que ha de hacerse sobre la base imponible imputada.

En este punto, la Sala coincide con la sentencia de la Sala de Cantabria que aporta el Abogado del Estado, pues se encuentra nuevamente ante una norma tajante que resultaba del art. 78 apartado Siete de la en la redacción dada en el núm. 2 de la Disposición Final Sexta de la , trasladable ahora al art. 66.1 de la Ley 40/98, cuando distingue dos supuestos, por un lado que se trate de los rendimientos a que se refiere el apartado 1 del art. 23 de esa Ley, y por otro lado, de la parte de base imponible imputada de una sociedad transparente que corresponda a dichos rendimientos: -40 por 100 con carácter general. Apartado éste que supone una especialidad respecto del apartado 2 del art. 66 que dice: La base de esta deducción estará constituida por el importe íntegro percibido.

Especialidad que no hace sino respetar la lógica, no se debe olvidar que estamos determinando la base imponible a efectos del impuesto de la renta, imputando no todos los dividendos percibidos por la sociedad transparente, sino solo el resultado de minorarlos con los gastos para su obtención, con lo cual, si no hemos sumado a la base imponible del recurrente todos los dividendos, respecto de los no sumados, nunca se producirá la doble imposición, mientras que de aplicar el criterio de la recurrente, resultaría que se está deduciendo por dividendos que no han incrementado su base imponible, y lo que daría lugar sería no a evitar la doble imposición, sino a compensar parte de la soportada por la sociedad que generó los dividendos, sin que los argumentos sobre dividendos negativos sean asumibles, por ser un supuesto irreal, en la medida en que no cabe imputación de bases negativas.

En consecuencia, “procede desestimar el recurso Contencioso-Administrativo y mantener las resoluciones recurridas, ratificando el criterio contenido en la Sentencia de la Sala de Cantabria de 15 de febrero de 2001 y reiterado por la Sala homónima de Madrid en sentencia de 9 de mayo de 2001 , o en la de 4 de abril de 2003 recurso 502/2000” (F. J. 5º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1.- BASE IMPONIBLE. COMPENSACIÓN DE BASES NEGATIVAS. PLAZO. REQUISITOS. CADUCIDAD DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN. COMPROBACIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 10 marzo de 2005

La cuestión de naturaleza jurídica que aquí se discute consiste en determinar si el derecho a la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores correspondientes a los ejercicios de 1989 y de 1990, momento en que estaba vigente el límite para su ejercicio en cinco años inmediatos y sucesivos, de conformidad con el art. 18 de la del Impuesto sobre Sociedades podían compensarse en el ejercicio de 1996 cuando ya estaba vigente la , reguladora del mismo impuesto, que vino a extender el plazo a los siete años inmediatos y sucesivos, al amparo de la Disposición Transitoria Duodécima, en relación con el art. 23.1 de esta última Ley.

La Inspección de los Tributos interpreta que la compensación de bases imponibles negativas de los ejercicios anteriores de 1989 y de 1990 en el ejercicio de 1996, ya no era posible porque había caducado el derecho para su ejercicio con anterioridad, concretamente en las fechas del 31 de diciembre de 1994 y de 1995, respectivamente, en aplicación del art. 18 de la Ley 61/1978 y la Disposición Transitoria Duodécima de la vigente Ley 43/1995 requiere que se trate de bases imponibles negativas pendientes de compensación.

Por su parte, la entidad actora entiende que el art. 23.1 de la última Ley citada debe aplicarse sin otra limitación que la de los siete años que contiene el mismo precepto, a pesar del tenor de la Disposición Transitoria Duodécima de la misma Ley y que por tanto era válida la compensación de bases imponibles negativas efectuada en su declaración; además considera que la interpretación de la Administración es restrictiva.

Pues bien, partiendo de la dicción literal de las normas reguladoras del ejercicio del derecho cuestionado y de la Disposición Transitoria

Duodécima de la Ley 43/1995, dictada para solventar los problemas de derecho transitorio que pudiera ocasionarse la Sala llega a la conclusión de que “el alcance de esta disposición no puede ser otro que el de reconocer el derecho a la compensación de bases imponibles negativas que estuvieran pendientes de compensación dentro del referido plazo de los siete años, aunque se refiriesen a ejercicios durante los cuales estaba vigente la normativa anterior más restrictiva, porque en otro caso no tendría sentido la última disposición transcrita y lo que es más grave no se cumplirían su finalidad inmediata de compensar bases imponibles negativas pendientes ni el objetivo último de la compensación, que recoge la propia Inspección en el informe ampliatorio, de adecuar la tributación de las sociedades a la renta generada, evitando que de la incomunicación de resultados de los diferentes períodos se deriven excesos” (F.J. 7º).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, estima que la compensación de pérdidas tiene como justificación la necesidad de tomar en consideración todos los hechos acaecidos para determinar la base imponible; permite, por tanto, que la totalidad de las operaciones habidas efectuadas por el sujeto pasivo se tomen en consideración para fijar aquélla. La equidad reclama que todos los hechos contribuyan a la determinación de la carga tributaria que debe soportar el sujeto pasivo.

Pero junto a esto, la compensación de pérdidas o de bases imponibles negativas se configura como una facultad que corresponde ejercitar al sujeto pasivo cuyo efecto fundamental consiste en exceptuar el principio de independencia de ejercicios.

Configurada así la facultad de compensar, queda ésta sujeta a determinadas condiciones y atraviesa por tres momentos cruciales: la determinación del importe de las bases imponibles negativas por el propio sujeto pasivo; la comprobación del importe de la base imponible negativa; y la compensación de las bases imponibles negativas.

Quizá lo más llamativo de esta sentencia es la afirmación del Tribunal Asturiano de que la compensación podrá ejercitarse aún cuando la declaración en la que se contiene no haya sido comprobada. Pero lo importante, ahora, no es constatar que las bases imponibles negativas no

comprobadas sí pueden comprobarse, sino determinar cuál es el momento en el que puede producirse dicha comprobación. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la comprobación ha de realizarse en relación con la declaración en la que se determinan bases imponibles negativas o con la declaración en la que se produce la compensación o, finalmente, si puede realizarse indistintamente en relación con ambas declaraciones. Por ello, si la facultad de compensación nace con la declaración, la comprobación de la base imponible negativa no podrá realizarse conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en el que se produce la compensación. Los hechos que han determinado que la base imponible sea negativa se han producido en el período impositivo al que se refiere la declaración en la que la misma consta y, por lo tanto, deben ser comprobados en relación con la declaración correspondiente a ese período impositivo. Este criterio comporta que las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos ya prescritos debían ser admitidas a compensación sin que la Administración tributaria pudiera rechazarlos por más que advirtiera alguna irregularidad.

La Ley 40/1998, de 9 de diciembre añadió un nuevo apartado al artículo 23 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. Este precepto establecido para alcanzar una situación de equilibrio entre el instituto de la prescripción, modificado por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, y el legítimo interés público de garantizar el cumplimiento de la Ley mediante la oportuna comprobación, no daba una respuesta clara a la cuestión planteada y objeto aquí de debate, que no es otra de si había de entenderse modificado el criterio anterior y, en su caso, sobre la base de qué criterio la Administración podía rechazar una base imponible negativa generada en un período ya prescrito; pues bien, para dar ahora respuesta a esto ha de acudir a la vigente, en el caso de autos, Ley General Tributaria, Ley 230/1963, de 28 de diciembre, en cuyos artículos 109 y 110, referentes a la potestad de comprobación de la Administración, y 140, b) relativo a la constatación de que la comprobación es una actividad de la inspección desempeñada en el ejercicio de una potestad de la que se deriva «la integración definitiva de las bases tributarias», por lo que, en consecuencia, la comprobación de las bases imponibles negativas deben enmarcarse en la comprobación de la declaración del período impositivo al que dicha base imponible correspondía, tanto más cuánto que el citado apartado 5 del artí-

culo 23 de la Ley 43/1995, según redacción de la Ley 40/1998, de 20 de diciembre, no aludía a la actividad administrativa de comprobar, por el contrario, omitía toda referencia a la misma.

La situación cambia a partir de la nueva redacción del apartado 5 del artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, efectuada por la Ley 24/2001, y por los artículos 70.3 y 106.4 de la nueva Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, pero prescindimos de su análisis por no ser esta legislación aplicable al caso de autos.

Pues bien, en el caso de autos, teniendo en cuenta lo señalado en líneas anteriores, "la Administración lo que lleva a efecto a través del acuerdo tomado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 17 de marzo de 1999 es sencillamente la no toma en consideración de las pérdidas declaradas correspondientes al ejercicio de 1993, año en el que no fueron consignadas y cuya omisión no fue objeto de solicitud de rectificación por la parte hoy recurrente, dentro del período de prescripción, ya que cuando sobre la base del apartado 5 del artículo 23 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, quiere justificarlas, lo hace ya más allá del período de prescripción; más aún, según se manifiesta en el expediente el ejercicio de 1993 prescribió el 25 de julio de 1998, momento a partir del cual no cabe la comprobación administrativa de los hechos y elementos que determinan la liquidación, por lo que habría de estarse a lo efectivamente consignado en el ejercicio de 1993. No cabe alegar, por ello, como hace la parte actora, que la Administración utiliza la prescripción para no aceptar la compensación y a la vez está actuando sobre un ejercicio prescrito ya que las actuaciones las inicia el 17 de marzo de 1999, pero como queda reflejado en líneas anteriores la Administración ha actuado en relación con el **Impuesto sobre Sociedades** del ejercicio de 1996, obviamente no prescrito, respetando lo consignado en el año 1993, por lo que no puede decirse que haya vulnerado el instituto de la prescripción, pero, además, porque no por el hecho de aportar la contabilidad ya habría de estimarse la pretensión aducida ya que, en todo caso, la Administración podría analizarla y constatar su validez y veracidad, cosa que, evidentemente, la Administración ni se planteó por los motivos aducidos, y todo ello sin olvidar que de acuerdo con la normativa aplicable y dado el carácter facultativo de la consignación no procedía ya su modificación" (F.J. 2º).

2.- INVERSIÓN EN ACTIVO FIJO INMATERIAL. GASTOS CORRIENTES. DEDUCCIÓN DEL 10% EN CONCEPTO DE INVERSIONES EN PRODUCCIONES CINEMATOGRAFICAS. REQUISITOS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 3 junio de 2005

En el análisis de la cuestión objeto del presente litigio debe tenerse en cuenta que tiene su origen en la liquidación practicada en 1999, consecuencia de Acta de Inspección practicada en disconformidad, en la que no admite la deducción del 10% consignada por el sujeto pasivo en concepto de inversiones en producciones cinematográficas. La Administración considera que no se cumplen los requisitos previstos en el art. 74 de la Ley 41/1994.

Para dar solución a la controversia planteada, en primer lugar, es necesario determinar si la inversión cuestionada tiene la naturaleza de inversión en un activo fijo inmaterial o tiene la naturaleza de gastos corrientes. A estos efectos el por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, establece entre las inmovilizaciones inmateriales, «los elementos patrimoniales intangibles constituidos por derechos susceptibles de valoración económica», por lo que los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra, que el art. 88 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, vigente en el año 1995, establece que se presumirán cedidos en exclusiva al productor, deben considerarse como elementos patrimoniales intangibles susceptibles de valoración económica y por tanto constituyen un inmovilizado inmaterial.

La anterior interpretación viene corroborada por el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que, aunque no resulta aplicable al presente caso, por ser de fecha posterior, si permite determinar como criterio interpretativo la consideración de inmovilizado inmaterial de las producciones cinematográficas, fonográficas y videos, al establecer su amortización según la tabla fijada en la Agrupación 93, Grupo 931, en la que determina para tales producciones un porcentaje de amortización lineal máximo del 33% y un período máximo de 6 años, lo que evidencia que su carácter de inmovilizado material.

Consecuencia de lo expresado es “la procedencia de los requisitos fijados en el apartado Quinto indicado, es decir, «...que los elementos permanezcan en funcionamiento en la empresa del mismo sujeto pasivo durante cinco años como mínimo o durante su vida útil, si fuera inferior, sin ser objeto de transmisión, arrendamiento o cesión a terceros para su uso». Requisitos que no se cumplen en el presente caso, pues en el contrato de 20 de octubre de 1995, en el que la recurrente se subrogó mediante contrato de 26 de enero de 1996, constando copia de ambos en el expediente administrativo, precisamente se pacta la cesión a TVE, SA de los derechos de propiedad intelectual de la producción audiovisual, así como los derechos inherentes a la condición de productor, en la estipulación duodécima. Derechos que coinciden con los definidos en la Ley de Propiedad Intelectual antes referida. Debiendo precisar que se fija un término máximo de entrega de la obra cinematográfica antes de 31 de enero de 1997 y de la totalidad de los materiales a que se refiere la Estipulación Tercera, punto uno, antes del 31 de diciembre de 1995. La existencia del indicado plazo de entrega determina con claridad el incumplimiento del requisito de permanencia en funcionamiento en la empresa del mismo sujeto pasivo durante cinco años como mínimo o durante su vida útil, si fuera inferior, sin ser objeto de transmisión, arrendamiento o cesión a terceros para su uso” (F.J. 5º).

3.- BENEFICIOS FISCALES ROGADOS. REQUISITOS DE LA LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE FUNDACIONES Y DE INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 18 mayo de 2005

La cuestión de fondo objeto de litigio es la procedencia o no de la aplicación de la bonificación que permite la aplicación del tipo impositivo del 10%. A este respecto debe tenerse en cuenta que el Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 establece en su art. V que «Las asociaciones y entidades religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV de este Acuerdo y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fisca-

les en el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas».

De lo expresado en el precepto citado se pone de manifiesto que la concesión de los beneficios fiscales que otorga a las asociaciones y entidades que cita se encuentra limitada a los beneficios fiscales otorgados en el Ordenamiento jurídico-tributario del Estado Español, por tanto, no puede considerarse que el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede establezca un concreto beneficio, en cuyo caso no podría ser modificado por la legislación interna española, sino que el precepto del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede constituye una norma de remisión al Ordenamiento jurídico-tributario del Estado Español, por lo que no puede considerarse que la legislación interna española sólo sea aplicable en cuanto establece la bonificación del 10% prescindiendo de los requisitos que establece para su concesión, sino que la remisión al Ordenamiento jurídico-tributario del Estado Español ha de efectuarse en su totalidad respecto del beneficio controvertido, debiendo concurrir los requisitos que establece dicho Ordenamiento, que no son otros que los que fija la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general, pues siendo en esta Ley en la que se fija en su art. 53 el tipo de gravamen del 10% pretendido por la recurrente, éste artículo se remite a la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los artículos anteriores, debiendo cumplir los requisitos que se establecen en dicha Ley y concretamente en los arts. 41 y siguientes, siendo los requisitos que determina consustanciales con la aplicación del tipo reducido del 10% (F.J. 5º).

4.- BASE IMPONIBLE: INCREMENTOS DE PATRIMONIO: EXENCIÓN POR REINVERSIÓN: REQUISITOS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha de 21 abril de 2005

La sociedad había adquirido un solar por escritura de 20 de junio de 1989. Por escritura de 27 de octubre de 1993 enajenó dicho solar, obteniendo en suma un incremento de patrimonio determinado, incremento que

reinvirtió en la adquisición de bienes que dice afectos a la actividad empresarial, en concreto locales construidos sobre el propio solar por la compradora del mismo, y destinados al alquiler. Es por ello que la parte entendió aplicable la exención por reinversión prevista en el artículo 15, 8 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades.

En la resolución del Inspector-Jefe de 22 de marzo de 1999 se dijo a la parte que no procedía tal exención por el siguiente motivo: «Considerando que en cuanto a la aplicación del beneficio de exención por reinversión que establece el artículo 15, 8 de la Ley 61/1978, el obligado tributario alega que cumple los requisitos de mantenimiento de la inversión y de afectación de los bienes adquiridos a la actividad empresarial, lo que efectivamente es cierto, pero no lo es menos que el beneficio fiscal del artículo 15, 8 requiere para su disfrute del cumplimiento de otras condiciones adicionales, de las que el obligado tributario ha incumplido la primera y fundamental, es decir, que el incremento de patrimonio “se ponga (n) de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo (..) necesarios para la realización de sus actividades empresariales”, puesto que el solar enajenado no fue en ningún momento utilizado para el desarrollo de ninguna actividad, no sólo propia del objeto social, que son los servicios forestales, sino tampoco de cualquier otra naturaleza, de donde se sigue que el incremento de patrimonio a que da lugar su enajenación no pueda, por principio, acogerse a la exención por reinversión».

Por su parte, la resolución del Tribunal Económico-administrativo Regional de Castilla-La Mancha señaló lo siguiente, a este respecto: «Siendo desarrollada la exención, a que se refiere el precepto citado, en los artículos 146 a 155 del Reglamento del Impuesto y es lo cierto, que la entidad reclamante vendió un solar, bien patrimonial de la misma, pero en él no desarrollaba actividad la empresa ni era objeto exclusivo de la misma la adquisición o promoción de fincas urbanas para su explotación en régimen de arrendamiento, requisitos exigidos por el Reglamento del Impuesto en el artículo 147 para que los terrenos puedan ser estimados elementos materiales de activo fijo al efecto de la exención, así como incumplió los deberes contables a los que queda supeditada la obtención del beneficio fiscal de exención pro reinversión fijados en el artículo 153 del Reglamento del Impuesto».

Por su parte la Sala estima: “la Administración admite que el interesado destinó el beneficio obtenido con la venta del local a alquileres, y también que ello supone una afectación a la actividad empresarial (véase la resolución del Inspector Jefe, donde expresamente se reconoce lo anterior). Sin embargo, niega que el solar enajenado hubiera estado destinado al desarrollo de ninguna actividad empresarial. El único argumento de la recurrente a favor de la afectación mencionada es que el 14 de octubre de 1993 (es decir, trece días antes de la enajenación), incluyó en su objeto social, además de los servicios forestales, el alquiler, compraventa y administración de inmuebles (en el expediente consta que la modificación estatutaria se produjo en escritura de 26 de mayo de 1998, pero lo cierto es que no es un dato cuestionado de contrario y es posible que en 1993 se incluyese la modificación y en 1998 se diese nueva redacción a la descripción de la ampliación del objeto social). Así pues, lo que se alega es que se trataba de un inmueble que constituía «activo fijo» de dicha actividad empresarial. Sin embargo, si la actividad invocada es la compraventa de inmuebles es claro que el solar no es parte de tal activo fijo, sino activo circulante, ni es un «terreno sobre el que se desarrolle total o parcialmente la actividad de la empresa» (artículo 147.A.a del Reglamento), expresión que alude a la realización de la actividad empresarial sobre el terreno, no con el terreno (en semejante sentido, por ejemplo, la acertada sentencia de la A.N. de 2 de octubre de 2003). Si en cambio lo que se invoca es la actividad de arrendamiento de inmuebles, entonces resulta que el inmueble no estaba arrendado, ni por tanto afecto a la actividad, ni mucho menos la sociedad tenía como objeto exclusivo el arrendamiento (artículo 147.2.a). Es por ello que los alegatos de la empresa son desestimables. Sólo un resquicio podría quedar a la afirmación de la empresa, y es el de que sobre el solar se desarrollase la actividad empresarial, pero no la relativa a la compraventa y arrendamiento de inmuebles, sino la de servicios forestales, a través de la conservación en tal solar de maquinaria destinada a tal fin. Este dato de hecho se afirma en un escrito de la parte obrante en el expediente administrativo (de los autos 786/01), adjunto a la diligencia de 29 de diciembre de 1998 (folio 31). De ser cierto, podría plantearse si el solar se trataba de un activo fijo adscrito a la actividad empresarial, de un «terreno sobre el que se desarrolle total o parcialmente la actividad de la empresa», de manera que luego la reinversión del beneficio en inmuebles para alquilar, como parte también del objeto social,

supondría la reinversión en cuestión (aunque habría que aclarar el punto de si es reconocible la exención cuando se produce una alteración en la actividad económica de origen -servicios forestales- y destino - arrendamiento de inmuebles- del activo). Sin embargo, esta vía de razonamiento ha sido cegada por la propia parte actora, que ni aporta prueba alguna sobre la afectación del solar a la actividad de servicios forestales, ni en realidad llega siquiera a alegarla ni en vía económico-administrativa ni judicial, centrándolo todo en el ámbito de la actividad de compraventa y arrendamiento de inmuebles, lo que imposibilita completamente que la Sala pueda acometer esta posible vía de razonamiento. En suma, procede la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo planteado” (F.J. 6º).

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

1.- ADQUISICIONES GRATUITAS INTER VIVOS. HECHO IMPUNIBLE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de enero de 2005

En la sentencia de referencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo procede, en un primer momento, a dilucidar la diferente naturaleza jurídica que cabe atribuir a la donación con asunción de deuda y a la adjudicación en pago de asunción atendiendo a la profunda diferencia existente entre la causa de uno y otro negocio jurídico, para posteriormente, determinar de qué modo han de someterse a tributación las capacidades económicas que se ponen de manifiesto como consecuencia de la realización de ambos negocios jurídicos.

En primer lugar, se pone de relieve que en la donación con asunción de deuda se encuentra presente el ánimo de liberalidad del donante, siendo la asunción de la deuda un efecto que sigue a la transmisión del bien, acordado por las partes, pero que no empece la naturaleza gratuita del negocio en cuanto la asunción de la deuda no es la condición impulsiva o causa esencial del mismo. Es por ello, que tal donación ha calificarse al amparo de lo preceptuado en los artículos 29 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y

59 del RD 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba su Reglamento, como una donación con causa onerosa, disponiendo que las mismas se encuentran sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, habiendo de tributar por este concepto por la diferencia respecto al gravamen impuesto, sin perjuicio de la tributación que pudiera proceder por las prestaciones concurrentes o por el establecimiento de los gravámenes. Es por ello que atendiendo a la doble naturaleza del negocio, se ha de atribuir carácter oneroso al que corresponda al beneficio del donante, esto es, a la deuda asumida por el donatario.

Por el contrario, en el supuesto de adjudicación de un bien en pago de asunción, el bien se transmite para que se asuma la deuda con liberación del primitivo deudor, sin que se pueda apreciar atisbo alguno de liberalidad, de modo que, del pacto de asunción se desprende implícitamente el propósito negocial de transmitir el bien para obligar al adquirente a satisfacer la deuda, pero con indemnidad para éste último, que en otro caso, podría verse expuesto al ejercicio de la acción personal para el pago. Es por ello que resulta que la adjudicación en pago de asunción constituye un hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados conforme al art. 7 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del Impuesto.

Ante ello, la Sala concluye que es precisamente la diferente naturaleza jurídica de uno y otro negocio jurídico lo que se constituye en causa determinante del modo en que se ha de someter a tributación cada una de las capacidades económicas puestas de manifiesto en cada uno de los negocios jurídicos examinados.

2.- REPUDIACIÓN O RENUNCIA DE HERENCIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2005

En la presente sentencia se aborda como cuestión de fondo si la primera esposa del causante, ostenta derecho sucesorio sobre la herencia de éste, de modo que su renuncia a favor de personas determinadas

pueda considerarse, a efectos fiscales, en el sentido de una previa adquisición y una posterior cesión o donación.

En el supuesto de autos el causante otorgó un único testamento en fecha coetánea con su primer matrimonio y, aún cuando, posteriormente contrajo nuevas nupcias, no volvió a otorgar testamento, por tanto, en éste sólo menciona como herederos a la primera esposa y al hijo de ésta, si bien, fruto de su segundo matrimonio el causante tuvo dos hijos más, por lo que a la partición de la herencia concurrieron las dos esposas y los tres hijos del causante, si bien, todos ellos reconocieron que los únicos herederos son los tres hijos y la última de las esposas por su cuota legal usufructuaria.

La Sala una vez analizado el supuesto de autos mantiene, en primer lugar, que la renuncia de la primera esposa a favor de personas determinadas no puede considerarse, a efectos fiscales, como si hubiera existido una previa adquisición hereditaria y una posterior cesión o donación, que es lo que habilitaría a la Administración Tributaria a girar las oportunas liquidaciones tanto al renunciante como al adquirente, sino que, por el contrario, ante la nulidad del testamento, de lo que se trató es de reconducir tal situación a la legalidad.

De igual modo, la Sala pone de relieve que como la renuncia de la primera esposa del causante, al ser precisamente a favor de aquellos a los que, aún cuando la renuncia hubiera sido pura y simple, hubiera acrecido la herencia renunciada, necesariamente conduce a la misma conclusión, por lo que, a efectos fiscales, no existe una previa adquisición de la herencia y su posterior cesión o donación, por cuanto, en ningún momento se produjo la aceptación de la herencia por la primera esposa del causante.

Por todo ello, la Sala concluye, tomando en consideración lo preceptuado en los apartados primero y segundo del art. 28 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en conjunción con lo establecido en el art. 1000 del Código Civil, que la renuncia gratuita a la herencia se realizó a favor de los coherederos, siendo éstos los mismos a los que hubiera acrecido la herencia renunciada, lo cual determina que no pueda entenderse aceptada la herencia y, en consecuencia, tampoco se pueda mantener que haya podido existir una posterior cesión o donación de la misma.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1.- DEDUCCIONES. CARÁCTER POTESTATIVO. EJERCICIO DEL DERECHO. ALTERNATIVA RESPECTO A LA DEVOLUCIÓN. CADUCIDAD

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 noviembre 2004

La cuestión objeto de controversia en el presente recurso extraordinario de alzada en unificación de criterio, es si transcurrido el plazo de caducidad que la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido establece para compensar el exceso de las cuotas soportadas sobre las devengadas en un período, pueden ser objeto de devolución en la declaración-liquidación correspondiente al último período del ejercicio en que concluye el plazo de caducidad. Pues bien, a la vista de lo dispuesto en la normativa reguladora del impuesto, debe comenzarse por distinguir entre el derecho a deducir las cuotas soportadas del I.V.A. y el modo de ejercitarlo o, en otros términos, el derecho a compensar el saldo originado a favor del sujeto pasivo al haber excedido, en períodos anteriores a aquel al que se refiere la declaración, el importe de las cuotas devengadas respecto de las deducidas en dichos períodos.

Con carácter general, la deducción se configura como un derecho potestativo que nace cuando se devenga la cuota deducible y caduca cuando no se ejercita en el plazo. El ejercicio del derecho se articula con la inclusión de la cuota en los libros registro de la entidad y en una declaración-liquidación, que podrá ser la relativa al período en que se haya soportado u otra posterior siempre que no hubiera transcurrido el mencionado plazo. El derecho a la compensación, sin embargo, surge de la propia declaración-liquidación, cuando la cuantía total del IVA soportado deducido en el período de liquidación supera a la cuantía total del IVA devengado en el mismo período, lo que origina un crédito a favor del sujeto pasivo y en contra de la Hacienda Pública que se abstrae de su causa y que sólo podrá ejercitarse en la declaración-liquidación inmediatamente posterior y en las siguientes, en la cuantía máxima posible, hasta el plazo de caducidad fijado por la norma; sin perjuicio, claro está, del derecho a la devolu-

ción del saldo existente a su favor a 31 de diciembre que el sujeto pasivo puede ejercitar al presentar la última declaración de cada ejercicio. En consecuencia, si las cuotas soportadas deducibles son superiores a las devengadas, el sujeto pasivo tendrá un crédito contra la Hacienda Pública que, como regla general, podrá compensar en sus declaraciones-liquidaciones posteriores y sólo en la última declaración-liquidación de los años comprendidos dentro del plazo de caducidad podrá solicitar la devolución del saldo a su favor existente a 31 de diciembre. Esta doctrina ya ha sido mantenida por el Tribunal Económico-Administrativo Central, entre otras, en sus resoluciones de 10 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2001 o, más recientemente, en la resolución de 27 de septiembre de 2004.

Lo anterior lleva al Tribunal a estimar que “la Ley reguladora del impuesto ha establecido un sistema de recuperación del exceso de las cuotas soportadas sobre las repercutidas, que permiten al sujeto pasivo optar al final de cada año natural, en la declaración-liquidación correspondiente al último período del mismo, entre la devolución y la compensación en períodos siguientes. Asimismo, ha establecido un plazo, actualmente de cuatro años, a fin de que el sujeto pasivo compense esos excesos, lo que no quiere decir que al finalizar cada uno de los ejercicios comprendidos en dicho plazo, el sujeto pasivo no pueda optar por solicitar la devolución de los excesos. Esto es, en ningún caso la norma impide que ejercitada en un primer momento la opción de la compensación, pueda el sujeto pasivo, al finalizar el siguiente año natural, optar por la devolución. La norma ha establecido un plazo de caducidad que no supone la denegación de un derecho subjetivo del sujeto pasivo, sino un plazo para ejercitar la acción de compensación, acción que, como hemos indicado, a lo largo de dicho plazo puede transformarse, a voluntad del sujeto pasivo, en el ejercicio de la acción de solicitar la devolución de los excesos del impuesto soportado sobre el repercutido; sin que pueda ir el sujeto pasivo más allá del plazo establecido. Lo que no puede realizarse es que, con carácter alternativo a la compensación que no se haya podido efectuar, le sea reconocido al sujeto pasivo el derecho a la obtención de las cuotas para las que no ha obtenido hasta ahora la compensación, ni ejerció de manera optativa a la finalización de cada ejercicio natural de los comprendidos en el plazo de caducidad la posibilidad de obtener la devolución, a través de la declaración-liquidación correspondiente al año natural dentro del que concluyó el

plazo de caducidad, en un período anterior al último anual. Ambas posibilidades no operan de modo alternativo, sino excluyente” (F. D. 3º).

2.-EXENCIONES. ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDAS A PERSONAS JURÍDICAS QUE LOS CEDEN A SUS EMPLEADOS

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 diciembre 2004

La cuestión que se suscita en el presente recurso extraordinario de alzada en unificación de criterio, es si está exento o no el arrendamiento por una persona física de una vivienda de su propiedad a una entidad jurídica que no lo destina directa y efectivamente a dicha finalidad, sino que cede su uso a un tercero.

El artículo 20.Uno.23.b) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido recoge en nuestro ordenamiento jurídico interno la exención regulada en la Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo, cuya interpretación por nuestros tribunales no ha sido pacífica. Prueba de ello son diversas sentencias de determinados Tribunales Superiores de Justicia que consideran, sujeto a determinadas condiciones, que el arrendamiento de viviendas a personas jurídicas que los ceden a sus empleados, directivos, o personas similares, está exento del impuesto (entre otras Sentencias, las de los Tribunales Superiores de Justicia de Baleares de 22 de mayo de 2001, de Valencia de o de Aragón de ; mientras que otros estiman que la operación estará sujeta y no exenta (entre otras Sentencias, la del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de julio de 2002).

Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central ha venido manteniendo, respecto del supuesto anterior, la sujeción al impuesto. Así, entre otras, en su resolución de 6 de febrero de 2002, que resolvía la no exención de un arrendamiento de vivienda efectuado a una sociedad destinado al alojamiento de sus directivos o de terceras personas.

También es cierto que la transposición que hace la norma española respecto del artículo citado anteriormente de la Sexta Directiva no recoge los mismos términos que la norma comunitaria, esencialmente por-

que de la lectura de esta última se infiere la posibilidad de una regulación por parte de los Estados miembros dentro del marco fijado por ella. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de octubre de 1998 señala esta consideración.

El Tribunal Económico-Administrativo Central mantiene también en esta resolución la postura que hasta ahora venía recogiendo con anterioridad, y que viene expresada en la resolución anteriormente citada fijando: «En el caso que nos ocupa entendemos que existen por un lado un arrendamiento (prestación de servicios de acuerdo con la Ley del IVA), entre la reclamante en primera instancia y..., y de otro tantas prestaciones de servicio, desconocemos si onerosas o gratuitas, como cesiones haya habido del uso del inmueble a favor de sus directivos o de terceras personas por parte de la sociedad arrendataria. La exención controvertida sólo resulta aplicable cuando el propio arrendatario destine el inmueble a su propia vivienda, circunstancia que no concurre en este caso en el que la casa, y así se contempla en el propio contrato, va a ser objeto de cesión a terceros» (F.J.4º).

Sin embargo, reconoce que en el supuesto objeto de análisis se dan circunstancias que merecen un estudio reposado. Dichas circunstancias son las siguientes:

- Por el contrato de arrendamiento, la propietaria cede el uso a la entidad arrendataria de una vivienda amueblada. El mismo, según certificados de la Fundación para... se destina a satisfacer las necesidades permanentes de vivienda de distintos beneficiarios, todos ellos, enfermos mentales, en ejecución de un programa de «pisos protegidos», subvencionado por la propia Fundación..., en coordinación con los Equipos de... del Servicio...
- En el propio contrato de arrendamiento se estipula que queda expresamente prohibido al arrendatario, el subarriendo o cesión, total o parcial de la vivienda objeto del mismo, ni tampoco tener huéspedes o ejercer en el piso industria alguna.

Pues bien, a la vista de ello, y teniendo en cuenta como apunta el Tribunal “que, como señala la propia Dirección General de Tributos, entre otras en su consulta de 23 de mayo de 2002, la regulación de la exención

que se contiene en el artículo 20.uno.23 ° no es de carácter objetivo, sino finalista, que hace depender del uso de la edificación su posible aplicación, siendo preceptivo la exención cuando el destino efectivo del objeto del contrato es el de vivienda, pero no en otro caso; es decir, la arrendataria del inmueble ha de destinar el mismo a uso de vivienda, entendemos procedente declarar que el arrendamiento que examinamos quedará exento al darse las siguientes circunstancias o condiciones:

-El uso pactado del arrendamiento es el de vivienda, y el arrendatario lo destina directamente a ello, sin realizar en él actividad empresarial o profesional alguna. Esto es, hay un uso efectivo y propio como vivienda, pues la destina a la actividad y fines propios de la entidad de ayuda y apoyo a personas con minusvalía psíquica.

-No existe ánimo de explotar el bien inmueble por parte del arrendatario, para obtener un beneficio económico, del tipo que sea. El propio contrato establece la prohibición del subarriendo o cesión a terceros; no existe actividad empresarial o profesional en la entidad jurídica que es arrendataria por la actividad que realiza de ayuda a los enfermos mentales.

-Frente a otras situaciones, en las que el arrendatario cede a terceros el uso de la vivienda (directivos, empleados), en el supuesto que examinamos no existe contraprestación propiamente dicha por parte de las personas físicas que residan en la vivienda. Tampoco supone el uso de la vivienda por quien reside en la misma una retribución en especie, bien de trabajo, bien de capital inmobiliario.

-La vivienda es empleada por asociados o miembros de la asociación, o personas físicas que reciben de la asociación la ayuda precisa para desenvolverse habitualmente, y que la generalidad de ellos tiene mermada o limitada en su totalidad la capacidad de obra, por lo que no pueden celebrar por si mismos los contratos de arrendamiento que examinamos” (F.J. 5º).

Todo lo anterior lleva al Tribunal a “estimar el presente recurso, en el sentido de que el arrendamiento por una persona física de una vivienda de su propiedad a una entidad jurídica que no lo destina directa y efectivamente a dicha finalidad, sino que cede su uso a un tercera está sujeto y no exento del impuesto sobre el valor añadido, con la salvedad prevista en el último fundamento de derecho de esta resolución”.

3.-BASE IMPONIBLE. MODIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2004

El presente recurso contencioso-administrativo parte de los siguientes hechos. La demandante es titular de unos locales comerciales que tenía arrendados a una mercantil y que venía pagando los alquileres con normalidad. La entidad arrendataria dejó de abonar las mensualidades durante varios meses lo que llevó a la demandante a presentar una demanda por desahucio por falta de pago y cuya sentencia fue favorable a la demandante declarando resulto el contrato de arrendamiento y en la que se decretó el desalojo de los locales referidos.

La demandante, pese a no cobrar las respectivas mensualidades, presentó las correspondientes declaraciones-liquidaciones trimestrales de IVA realizando los ingresos pertinentes. Finalizado el procedimiento judicial y obtenida la posesión de los locales decidió en tercer y cuarto trimestre compensarse el IVA descubierto e impagado por entidad arrendataria.

Pues bien, según el TEAR, no se cumple en el presente supuesto el requisito del art. 80.2 primer párrafo de la Ley 37/1992, pues el contrato de arrendamiento concluye desde la resolución judicial. Por su parte, la actora estima que en caso de desahucio por falta de pago el contrato concluye en el mismo momento en que se incumple, por lo que se da el requisito del art. 80.2, no siendo exigible el requisito del segundo párrafo.

Por su parte, la Sala estima que “con independencia de cuándo se debe entender resuelto el contrato de arrendamiento (si al momento en que se deja de pagar el alquiler, o desde la resolución judicial), entiende la Sala que, en el presente caso, en la interesada no llegó a cobrar el alquiler y el IVA repercutido, se cumple el presupuesto del art. 80.2 de la Ley 30/1992 del IVA, que ampara la compensación realizada por la actora en 1995, pues después de la operación (contrato de arrendamiento que determinó el ingreso del IVA) éste fue resulto por sentencia firme; pues el contenido del precepto, no conduce a interpretación de la administración, de que sólo tendría derecho a la compensación realizada si se considerase resuelto el contrato desde su incumplimiento” (F.J. 4º).

4.- LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE. DEFINICIÓN DE CENTRO DE COMPRAS

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 octubre de 2004

El debate que se plantea se centra en la consideración de X como centro de compras de Y y Z, este Tribunal Central entiende que la correcta resolución de la cuestión que se plantea exige indagar sobre el alcance del mandato contenido en el art. 70.Uno.5.º de la Ley 37/1992, en la redacción vigente en los ejercicios a que se refieren los acuerdos de liquidación, siendo la cuestión a dilucidar si los servicios prestados por X a las sociedades holandesas Y y Z, deben entenderse localizados en territorio de aplicación del IVA por aplicación de dicho precepto.

De la redacción del precepto mencionado resulta con nitidez que, en el supuesto de contribuyentes que tienen la sede de su actividad económica en un estado miembro de la Unión Europea y establecimientos permanentes en otro u otros estados miembros, los servicios a que se refiere el art. 9.2.e) de la Sexta Directiva se localizan en el estado miembro en que se encuentre la sede de actividad o establecimiento permanente destinatario del servicio. De acuerdo con esta regla, en un caso como el que nos ocupa, en el que una sociedad residente en España presta servicios de los contemplados en el art. 9.2.e) de la Sexta Directiva a una sociedad residente en otro estado miembro, para que tales servicios se localicen en territorio español de aplicación del IVA es necesario que se den dos requisitos: i) que la entidad destinataria de los servicios tenga en dicho territorio un establecimiento permanente, concepto cuya definición se encuentra, a efectos del IVA, en el art. 69.Cinco de la Ley 37/1992; y ii) que el destinatario del servicio prestado por la sociedad residente sea dicho establecimiento permanente.

Si bien la interpretación conjunta de los artículos 70.Uno.5.º de la Ley 37/1992 y 9.2.e) de la Sexta Directiva que se acaba de exponer ha sido recogida expresamente por la Ley 37/1992 a partir del 1 de enero de 2003, como consecuencia de la nueva redacción dada al art. 70.Uno.5.º por el art. 4.seis de la Ley 53/2002, este Tribunal Central entiende que “la

nueva redacción del art. 70.Uno.5.º no altera la regla de localización de los servicios que existía con anterioridad al 1 de enero de 2003, por cuanto, como ya se ha expuesto, el requisito de que el establecimiento permanente fuera el destinatario del servicio se deducía del art. 9.2.e) de la Sexta Directiva” (F. J.2º).

Por otra parte, a la hora de identificar el destinatario de un servicio existen dos posibles criterios: un criterio jurídico, de acuerdo con el cual el destinatario del servicio es quien contrata el mismo con el empresario o profesional que lo presta, y un criterio económico, de acuerdo con el cual el destinatario es quien utiliza efectivamente el servicio. En el caso que nos ocupa es evidente a juicio de la Sana que, aún en el hipotético caso de que se aceptase la calificación de X como establecimiento permanente de Y y Z, los destinatarios de los servicios, de acuerdo con el criterio jurídico, serían éstas últimas sociedades, cuyas sedes de dirección se encuentran en Holanda, por cuanto fueron ellas, y no un establecimiento permanente de las mismas en territorio español de aplicación del IVA, las que celebraron los contratos con X. Por otro lado, si se acudiese al criterio económico para identificar al destinatario de los servicios, no cabría considerar a X como tal, ya que ello implicaría que dicha sociedad sería a la vez prestadora y usuaria de sus propios servicios (no en cuanto X, sino en cuanto establecimiento permanente de Y y Z), siendo ésta una conclusión que, a todas luces, carece de lógica. De cuanto acaba de exponerse resulta que, en el presente supuesto, “no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 70.Uno.5.º de la Ley 37/1992 y 9.2.e) de la Sexta Directiva para considerar localizados en territorio español de aplicación del IVA los servicios prestados por X a las sociedades Y y Z” (F.J. 3º).

En definitiva, “este Tribunal Central entiende que, a la hora de calificar a X como centro de compras de Z e Y, y al margen de los problemas conceptuales que derivan del hecho de que X tenga personalidad jurídica propia y distinta de las dos sociedades holandesas, habría que atender, en todo caso, a la actividad prioritaria desarrollada por X para tales sociedades; resultando del acuerdo de liquidación que X presta a dichas sociedades servicios de muy diversa índole, no habiendo sido demostrado por la Inspección que la actividad prioritaria desarrollada por X sea la de adquisición de bienes y servicios cuyos destinatarios sean tales sociedades. La

prestación de un servicio consistente en «entrar en contacto con productores y distribuidores, en nombre de Y, para encontrar productos apropiados para los...» (así lo describe el propio acuerdo de liquidación) no es suficiente para calificar a X como centro de compra de bienes y adquisición de servicios de las sociedades no residentes” (F.J. 4º).

5.- DEDUCCIONES. ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD QUE SOPORTÓ LAS CUOTAS QUE SE PRETENDE DEDUCIR EN DOS ENTIDADES DIFERENTES. TITULARES DEL DERECHO A LA DEDUCCIÓN

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 enero de 2005

La cuestión a dilucidar en el presente expediente es la de si fue procedente acordar la devolución al ser deducible el IVA soportado en compensación desde el momento de la escisión, como entendieron la interesada y el fallo impugnado, o no lo fue como lo consideraron la denegación por la Administración y postula el recurrente. Si bien es cierto que el TEAC ha admitido ya la compensación de cuotas que provienen de un sujeto pasivo distinto, en base al Capítulo VII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que trata de la transformación, fusión y escisión de las sociedades (entre otras las resoluciones de 13 de mayo de 1993, 9 de febrero de 1995 y 22 de noviembre de 1996), también es cierto que el supuesto contemplado en el expediente se refiere no a una fusión por absorción, sino a una escisión total, por lo que el patrimonio de una sociedad que deja de existir se transfiere a dos o más sociedades.

Es por todos conocido que la sucesión en las deudas y los créditos, en materia tributaria, tiene su fundamento en el artículo 72.1 de la Ley General Tributaria de 1963, que establece la exigibilidad de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad. Por ello la interpretación a «sensu contrario» de este precepto, debe llevar a la conclusión de que si el sucesor en la titularidad asume las deudas y responsabilidades tributarias, debe asumir también la titularidad en los créditos fiscales de la persona a la que sucede. De este modo la Sala estima que “si el TEAR estimó que se producía la citada sucesión en la

actividad económica, al recibir en bloque el patrimonio de la sociedad escindida, salvo una porción de terreno que suponía un porcentaje mínimo de aquel, cuestión esta sobre la que no se presentan alegaciones, deben aplicarse las consecuencias anteriormente previstas” (F. J. 4º).

XIII.- IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1.-TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. SUJECCIÓN: EXCESOS DE ADJUDICACIÓN

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, de 4 de enero de 2005, de Madrid, de 10 de enero de 2005, y de Cantabria, de 18 de febrero de 2005

Uno de los problemas que con relativa frecuencia se plantea en la práctica de nuestros tribunales en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales es la sujeción, o no, a gravamen de los “excesos de adjudicación” producidos con ocasión de la disolución de comunidades de bienes, especialmente cuando forma parte del haber un bien inmueble esencialmente indivisible (como, por ejemplo, un piso, una plaza de aparcamiento o un local comercial).

Esta es la cuestión esencialmente discutida en las tres Sentencias objeto de comentario. Tanto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJ) como en la Sentencia del TSJ de Madrid, los hechos que justifican la acción jurisdiccional ejercitada tienen como fundamento la disolución del régimen económico-matrimonial (de separación de bienes en el primer caso, de gananciales en el segundo), que determinó la adjudicación de uno o varios bienes inmuebles a uno de los cónyuges con compensación en metálico al otro. En cambio, los hechos de los que trae causa la Sentencia del TSJ de Cantabria se refieren a la partición de una herencia, atribuyéndose a uno de los herederos un bien inmueble en su totalidad, con el consiguiente abono de cuotas a los hermanos.

En este sentido, conviene tener en cuenta que el artículo 7.2 B) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (desde ahora, ITP y AJD), define los supuestos de hecho que quedan sujetos a gravamen en la modalidad de “transmisiones patrimoniales onerosas”, y entre ellos se incluyen “los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 2056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil y disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento”.

Sin embargo, la remisión efectuada por el artículo 7.2 B) de la Ley del Impuesto a distintos preceptos del Código Civil sirve para considerar como supuestos de no sujeción a diferentes casos de adjudicación a uno solo de los comuneros como forma de liquidación de las comunidades de bienes nacidas de negocios jurídicos hereditarios. Pero no aclara si existe o no un exceso de adjudicación respecto de otros muchos supuestos como, por ejemplo, la disolución del régimen económico del matrimonio. Con posterioridad, el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto, declara, en su artículo 32.3, la no sujeción de “los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio”.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en distintas ocasiones sobre esta cuestión, siendo su pronunciamiento más importante el contenido en la Sentencia de 28 de junio de 1999, recaída en un recurso de casación en interés de ley, a la que se remiten expresamente las tres Sentencias comentadas. En aquella Sentencia el Tribunal Supremo expresó claramente que “la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente”. La “obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un «exceso de adjudicación»,

sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar [...]”.

Aclarado, pues, que en estos casos nos encontramos ante un supuesto de no sujeción, llama la atención la confusión en la que incurren las Sentencias del TSJ de Cataluña (Fundamentos de Derecho Segundo y Quinto) y de Madrid (Fundamentos de Derecho Segundo), puesto que ambas Salas citan el artículo 45. B) 3 de la Ley del Impuesto, precepto que establece “la exención del Impuesto, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, a las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”. También se observa confusión en la Sentencia del TSJ de Cantabria, ya que, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión y considerar aplicable lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil [este precepto forma parte de los destinados a regular la partición de la herencia y establece: “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicar a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”], en lugar de concluir que se trata de un caso de no sujeción, utiliza el término “exención” (Fundamento de Derecho Quinto).

2.- OPERACIONES SOCIETARIAS. SUJECCIÓN AL IMPUESTO. COMUNIDADES DE BIENES Y CONCEPTO DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Resolución de la Dirección General de Tributos, de 13 de enero de 2005 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de febrero de 2005

Tanto en la Resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) como en la Sentencia del TSJ de Madrid que vamos a examinar, la cuestión que debe resolverse estriba en determinar si ciertas operaciones de constitución o aportación a una comunidad de bienes están o no sujetas al

Impuesto sobre Operaciones Societarias (IOS) en cuanto tienen la consideración de actividades empresariales. La controversia, por consiguiente, reside en dilucidar qué se entiende por actividad empresarial, teniendo en cuenta que el Texto Refundido del ITP y AJD no contiene noción alguna y que los conceptos de actividad empresarial establecidos en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) presentan sensibles diferencias.

En la Resolución de la DGT de 13 de enero de 2005, de carácter vinculante, se establece que la aportación de inmuebles a una comunidad de bienes con el objeto de alquilarlos no cae en el ámbito de aplicación del artículo 19.1.1.º del Texto Refundido del ITP y AJD (según el cual, son operaciones societarias la constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades) y, por tanto, no está sujeta al IOS, siempre que esa aportación de bienes a la comunidad no se vaya a aplicar a la realización de una actividad empresarial (art. 22.4 Texto Refundido LITP y AJD).

Pues bien, la DGT reconoce, al igual que hiciera en su Resolución de 12 de enero de 2000, que “la aplicación del concepto de actividad empresarial al arrendamiento de bienes inmuebles resulta problemática, ya que dicho concepto, no definido por las normas del ITP y AJD, lo ha sido en otros impuestos, Impuesto sobre el Valor Añadido o Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), de una manera similar en lo sustancial, pero con precisiones posteriores distintas en cada caso”. Recuerda la DGT que “[u]na antigua sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1985, tratando el tema de las actividades empresariales en el ITP y AJD, requería, cuando no se trataba de sociedades, sujetas siempre por sí mismas, cierta habitualidad y una cierta organización, sin que bastara la realización de actos empresariales aislados para considerar la sujeción al Título II de Operaciones Societarias”.

La DGT considera que esa misma doctrina debe ser aplicada al caso de las comunidades de bienes, a las que debe exigírseles una cierta habitualidad y organización en la realización de operaciones empresariales para considerarlas sujetas. Habitualidad que se pondrá de manifiesto, de acuerdo con el artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley del IRPF,

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, cuando, además de los bienes arrendados, se disponga de un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la actividad de arrendamiento y de, al menos, una persona contratada a jornada completa a tal fin. La DGT entiende que es razonable trasladar los criterios fijados por la Ley del IRPF al ámbito del ITP y AJD, aunque se trate de disposiciones procedentes de la imposición directa, puesto que “[c]arecería de sentido que rentas que tienen la calificación de empresariales a los efectos del IRPF y cuyos activos quedan calificados como empresariales a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, no tuviesen el mismo trato en el ITP y AJD. Por el contrario, cuando nos encontramos en presencia de su tributación en Renta y Patrimonio como rendimientos y activos inmobiliarios, carentes de toda organización empresarial, no parece justificado la tributación de la comunidad por el concepto de operaciones societarias”.

Por su parte, el TSJ de Madrid, en su Sentencia de 4 de febrero de 2005, debe aclarar, entre otras cuestiones, si la constitución de una comunidad de propietarios para la autopromoción de viviendas está o no sujeta al IOS. Para resolver la cuestión de fondo, el Tribunal tiene en cuenta recientes pronunciamientos sobre la materia del Tribunal Económico-Administrativo Central (22 de mayo de 2002 y 12 de mayo de 2004) en los que se establece: de un lado, “que, a los efectos de ser sujetos pasivos del concepto operaciones societarias [...] ha de primar la existencia de actividad empresarial en sentido material estricto, lo que incluye los caracteres de actividad organizativa independiente y propósito de intervenir en el mercado, circunstancias que niega a las Comunidades para la autopromoción de viviendas, pues su organización es la del constructor que las integra y su finalidad la adjudicación de los inmuebles a sus propios socios”; de otro, que la norma de configuración del sujeto pasivo del IVA, esto es, el artículo 5.1 d) de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre (según el cual, se reputan empresarios o profesionales, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, a “quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente”) opta por una consideración formal del concepto de actividad empresarial que se limita a sus propios efectos, de forma que una comunidad de bienes como la examinada puede ser sujeto pasivo del IVA y no serlo del IOS (Fundamento de Derecho Tercero).

El TSJ de Madrid comparte la tesis de las Resoluciones del TEAC: “Ello es así porque la vinculación entre ambos impuestos [IVA e IOS] lo es a efectos de las operaciones que se sujetan a uno u a otro, no a los conceptos que definen la condición de los sujetos. La actividad empresarial, mientras no se diga lo contrario, como lo dice la Ley del IVA, tiene unos caracteres descritos por la doctrina jurisprudencial que no pueden ser arbitrariamente interpretados y que, en consecuencia, han de mantenerse como propios de las operaciones societarias. La prueba de ello, incluso en el legislador del IVA, es que el art. 5,1 d) de la ley no conceptúa como empresario al que constituya una Comunidad de bienes para hacer determinadas operaciones sino al que, efectivamente, materialice éstas, circunstancia sin duda motivada porque la constitución del mecanismo societario o comunitario está contemplada en las normas oportunas que regulan las operaciones societarias. En suma, entendemos que el concepto formal de qué es o no un empresario, cuando excede, como es el caso, de la determinación material, ha de recibir una interpretación restrictiva y por tanto reducida al ámbito para el que esté previsto” (Fundamento de Derecho Tercero).

3.- ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. HECHO IMPONIBLE. SUJECCIÓN Y NO EXENCIÓN DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de febrero de 2005

Se recurre, ante la Sala del TSJ de Cataluña, una Resolución dictada por el TEAR de Cataluña, de 15 de abril de 1999, recaída en reclamación económico-administrativa, que desestimó la solicitud de devolución de ingresos indebidos formulada por la entidad ahora recurrente, por el concepto de AJD, en relación con una escritura en la que una entidad financiera otorgaba a la reclamante un préstamo hipotecario. La cuestión a la que el Tribunal debe dar respuesta es doble: de una parte, si las escrituras de préstamo hipotecario están sujetas al Impuesto en su modalidad de actos jurídicos; de otra, si les es de aplicación la exención contemplada en el artículo 45.I B) 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto.

En relación con la primera de las dudas planteadas, el Tribunal sostiene la efectiva sujeción de las escrituras de préstamo hipotecario al

Impuesto, en su modalidad AJD, así como la no necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. En apoyo de su postura cita distintas sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha señalado que la armonización fiscal que propugna el artículo 13 de la Sexta Directiva comunitaria sobre exención de préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, “no contradice el carácter no exceptuado del tipo especial de AJD, cuyo hecho imponible no obedece al negocio jurídico que se documenta, sino a su instrumentalización formal”. El artículo 11 de la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio, –por la que se modifica la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales– “establece que los Estados miembros no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma, a los empréstitos, incluidos los públicos, contratados en forma de emisión de obligaciones u otros títulos negociables, sea quien fuere el emisor, y todas las formalidades a ellos relativas, así como la creación, emisión, admisión para cotización en Bolsa, y puesta en circulación o negociación de los mismos, de modo que excluye de toda tributación la emisión de obligaciones u otros títulos análogos”. Ese no sometimiento a gravamen afecta no sólo a la traslación patrimonial, sino también a su instrumentalización formal, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004\2359), y 19 de junio de 2003, pero “sólo se refiere a los préstamos representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos, por lo que no es de aplicación al préstamo hipotecario” (F.J.2º).

Añade, por otra parte, que la sujeción de las escrituras públicas de préstamos al IAJD ha sido examinada por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 27 de junio de 2002, en la que el Alto Tribunal parte del tratamiento unitario que en nuestro ordenamiento jurídico siempre han merecido los préstamos hipotecarios. “En consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, aunque exento, en el IVA, no estará sujeto, como tal, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de <<Transmisiones Onerosas>>. Por eso, si el artículo 15.1 del Texto Refundido del ITP y AJD no declara exenta la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo, sino que lo incluye dentro del hecho imponible del préstamo, las primeras copias de las escrituras públicas de concesión de préstamos hipotecarios estarán sujetas a la cuota gradual (0,50 por 100) del gravamen de Actos Jurídicos Documentados”, tal y

como previene el artículo 31.2 de la Ley del Impuesto y declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de octubre de 1989 (F.J.5º).

Respecto a la posibilidad de aplicar la exención del artículo artículo 45.I.B) 15 del Texto Refundido de la Ley, el Tribunal se remite nuevamente a los razonamientos empleados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2002, donde se declaró que “tampoco la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, al extender la exención del art. 48.I).B).19 [actual art. 45.I.B) 15], expresamente, al gravamen de Actos Jurídicos Documentados, pudo desvirtuar la doctrina señalada para los préstamos hipotecarios otorgados a partir del 1º de enero de 1988, habida cuenta que esa extensión se refería, exclusivamente <<al gravamen de Actos Jurídicos Documentados que (recayera) sobre los pagarés, bonos, liquidaciones y demás títulos análogos emitidos en serie por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos, por los que se (satisficiera) una contraprestación por diferencias entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a rembolsar al vencimiento>>, pues resulta indiscutible, ante este texto, que la ampliación de la exención al IAJD quedaba constreñida a documentos que constituyeran el soporte de determinados activos financieros” (F.J.5º). [En relación con la aplicación de esta exención también puede consultarse la Sentencia del TSJ de Asturias, de 23 de marzo de 2005; y del TSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de abril de 2005.]

XIV. IMPUESTOS ESPECIALES

1. IMPUESTO SOBRE DETERMINADOS MEDIOS DE TRANSPORTE. INTERPRETACIÓN “FLEXIBLE” DEL REQUISITO DE USO EXCLUSIVO POR PARTE DEL MINUSVÁLIDO A CUYO NOMBRE SE ENCUENTRA MATRICULADO EL VEHÍCULO, A EFECTOS DE APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR ESTE IMPUESTO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de abril de 2005

La interpretación del requisito de “uso exclusivo”, establecido en el artículo 66.d) de la Ley de Impuestos Especiales, a efectos de la aplicación

de la exención del Impuesto sobre determinados medios de transporte a aquellos minusválidos a cuyo nombre se encuentren matriculados los vehículos, centra el interés del presente pronunciamiento que, aun siendo desestimatorio, se inclina por una “concepción flexible, pero no lata,” del mencionado artículo 66 de la LIES, (F.J. 2º).

De este modo, en primer lugar, se señala que por “uso exclusivo” del vehículo por parte del minusválido no debe entenderse que éste deba encontrarse a bordo en todo caso que aquél sea utilizado dado que “en determinadas circunstancias el interés de éste puede precisar que el turismo sea empleado sin su presencia” (F.J. 2º).

Consideraciones que el Tribunal realiza a sabiendas de que las mismas pueden dar lugar a actuaciones fraudulentas pero entendiendo, no obstante, que a ello se superpone el hecho de que “no cabe sacrificar a una pretendida seguridad jurídica los propios fines de la norma buscando una aplicación reduccionista del concepto de uso exclusivo por el minusválido” (F.J. 2º).

Indicado lo anterior, y en segundo término, el Organo juzgador viene a matizar en cierto modo su interpretación al señalar que lo expuesto no significa, tal como sucede en el caso enjuiciado, que cualquier uso pueda acomodarse a lo exigido por el artículo 66.d) de la LIES debido a que –y esta matización nos parece importante– “la propia dicción de la norma está planteando la existencia de una restricción y de una vinculación del uso a las necesidades propias del minusválido”, aunque éstas puedan ser satisfechas por un tercero, (F.J. 2º).

Situación que no se da en el supuesto objeto de recurso debido a que, según se indica en la misma Sentencia, la declaración de la recurrente indica que “facilitó el vehículo para que realizase los desplazamientos oportunos en sus asuntos particulares”, (F.J. 2º) pero que en otros casos será más complicado valorar teniendo en cuenta la dificultad de determinar, desde nuestra perspectiva, si el uso del vehículo por parte de terceros lo es o no para satisfacer las necesidades del minusválido dada la amplitud que presenta dicho fin.

XV.-IMPUESTOS AUTONÓMICOS Y FORALES

1.IMPUESTO VALENCIANO SOBRE EL JUEGO DEL BINGO. INEXISTENCIA DE DOBLE IMPOSICIÓN ASÍ COMO DEL DERECHO DE LOS ORGANIZADORES PARA RECLAMAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPORTE INGRESADO POR ESTE IMPUESTO AL SER CONTRIBUYENTE EL JUGADOR QUE ABONA EL IMPUESTO EN EL MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN DEL CARTÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 14 de diciembre de 2004

De esta Sentencia destacaremos como cuestiones básicas las relativas a su posible colisión del Impuesto Valenciano sobre el juego del bingo con la Sexta Directiva comunitaria, así como al supuesto de doble imposición tanto con el IVA como con la Tasa Fiscal sobre el Juego. Los recurrentes plantean asimismo, en caso de estimarse alguna de las anteriores cuestiones, la posibilidad de solicitar la devolución de este impuesto.

-En relación con la primera de las cuestiones, el propio Tribunal valenciano ya se ha pronunciado en idénticas cuestiones, citándose en la referida sentencia la 172/2004, de 27 de febrero, la cual a su vez cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 1997, que da respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional sobre la interpretación del Art. 33 de la Directiva 77/388/CEE. Pues bien, a partir de lo dispuesto en esta última Sentencia, entiende el juzgador nacional que "resulta claro que el sentido de la Sexta Directiva es impedir aquellos tributos que sean capaces de gravar la circulación de bienes y servicios de una manera comparable al IVA, y para ello deberá examinarse si dicho tributo tiene las características esenciales de este último", de ahí que considere que, en relación con el Impuesto Valenciano sobre el Bingo:

"1. En primer lugar, difícilmente los tributos sobre juegos y apuestas podrán ir contra la Sexta Directiva ya que ésta los cita expresamente como compatibles con el IVA en los arts. 13 y 33.

2. En segundo lugar, y además de lo anterior, los tributos prohibidos por la Sexta Directiva serían aquellos capaces de “gravar la circulación de bienes y servicios de una manera comparable al IVA” o de “poner en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA, lo que es evidente que no hace ni puede hacer el Impuesto Valenciano sobre el Bingo”.

3. En tercer lugar, para que un tributo sea incompatible con la Sexta Directiva habrá de reunir todas y cada una de las características esenciales que el TJCE predica del IVA. Por tanto, no basta que dicho tributo pueda reunir alguna de dichas características esenciales (de lo contrario sería imposible establecer o mantener cualquier impuesto indirecto), sino que ha de reunir las 4 características:

A) Tener carácter general (afectar a todas las operaciones).

Mientras el IVA tiene carácter general porque se aplica a todas las transacciones que tengan por objeto la entrega de bienes o la prestación de servicios, el Impuesto Valenciano sobre el Bingo -como impuesto sobre el juego- tiene carácter especial y se aplica sobre un sector y un hecho concreto.

B) Ser proporcional al precio de los servicios.

El Impuesto Valenciano sobre el Bingo es proporcional, pero no respecto del precio del servicio, ya que el impuesto se detrae de la parte del precio del valor facial del cartón de bingo destinado a premios (Art. 5.º del Decreto 98/1991).

C) Percibirse en cada fase del proceso de producción y distribución (impuesto multifásico).

Mientras el IVA es un impuesto general y multifásico, el Impuesto Valenciano sobre el Bingo no es “general”, ya que afecta a un sector concreto y a un hecho concreto, y además es monofásico.

D) Aplicarse al valor añadido de los servicios.

En ese sentido, el Impuesto Valenciano sobre el Bingo no está gravando el Valor Añadido por el empresario/organizador del juego, sino un precio de venta que, en este caso, viene dado por el valor facial del cartón.

A juicio de la Sala, el Tributo que se considera ni interfiere, ni menoscaba, ni afecta, al buen funcionamiento del IVA, y al no ser un impuesto sobre el volumen de negocios, no puede nunca contravenir el artículo 33 de la Sexta Directiva”.

-La siguiente de las cuestiones que queríamos destacar es la relativa a que la actora considera que este impuesto contraviene el bloque de la constitucionalidad y, en particular, el artículo 6.º 2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, al recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado en la Tasa Fiscal sobre el Juego o en el IVA. Ahora bien, tal y como advierte el Tribunal regional, este Impuesto del Bingo no es el único existente a nivel autonómico, pues diversas Comunidades Autónomas han establecido impuestos sobre el Bingo propios (p.ej. Cataluña, Murcia, Castilla-La Mancha, Baleares o Madrid), aportando asimismo, además de una Sentencia del TSJ de Baleares y de la Comunidad de Madrid, un pronunciamiento del mismo Tribunal, la Sentencia 50/1989 del TSJ de la Comunidad Valenciana, en la que estimó que “tampoco se conculca la prohibición contenida en el artículo 6.º 2 de esta Ley (“los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado”), habida cuenta de que el Real Decreto 2221/1984, regula la tasa fiscal de juego “sin perjuicio de los regímenes tributarios especiales por razón del territorio y de lo dispuesto en las leyes reguladoras de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas” (artículo 1.º), y constituye su hecho imponible la autorización, organización o celebración de juegos de suerte, envite o azar (artículo 2.º), en tanto que la Ley autonómica n.º 1/1985 y el decreto que la desarrolla, junto al recargo sobre la tasa, que participan necesariamente del hecho imponible de aquélla (artículo 4.º), regulan un Impuesto distinto, con diferente hecho imponible, que ya no viene constituido por la organización o celebración de juegos, sino por la participación en este juego en locales autorizados (artículo 10), por lo que los sujetos pasivos no son las personas o entidades a quienes se haya otorgado la correspondiente autorización administrativa o permiso de explotación (artículo 4.º-1.º

del Real decreto 2221/1984, sino las personas físicas que compren los cartones para participación en las partidas de bingo (artículo 11-1.º Ley 1/1985). No se estima, en definitiva, infracción ninguna en este ámbito superlegal, ni por tanto, justificado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional”.

Por lo que se refiere a la hipotética confluencia entre la Tasa Fiscal, y el Impuesto Autonómico sobre el Bingo, entiende el Tribunal que no se produce doble imposición por los siguientes motivos:

“A) Los hechos imponibles son distintos:

a.1) Tasa Fiscal: Autorización, celebración u organización de juegos (por los empresarios).

a.2) Impuesto Valenciano sobre el Bingo: Participación -en calidad de jugador- en el juego del bingo.

B) Igualmente, los sujetos pasivos son diferentes:

b.1) Tasa Fiscal: El contribuyente -quien realiza el hecho imponible y titular de la capacidad económica manifestada por su realización- son los Organizadores y Empresas cuyas actividades incluyan la celebración de juegos de suerte, envite o azar.

b.2) Impuesto Valenciano sobre el Juego del Bingo: El contribuyente son las personas físicas (jugadores) que compran los cartones para participar en las partidas del bingo.

C) Incluso en la base imponible del Impuesto sobre el Bingo, el Art. 5.º del Decreto 98/1991, de 10 de junio, por el que se desarrolla el título primero de la Ley 14/1985, de Tributación sobre juegos de azar, determina que: «La base imponible estará constituida por el importe de las cantidades satisfechas por el jugador para la adquisición de los cartones, deduciendo previamente de este valor facial el importe de la tasa fiscal y el propio impuesto. El impuesto se deducirá de las cantidades a distribuir en concepto de premios a los jugadores».

Así, tomando como base el valor facial del cartón del bingo, se observa igualmente que el Impuesto Valenciano sobre el Bingo afecta al jugador y no al empresario.

D) En definitiva, cada impuesto está gravando diferentes manifestaciones de riqueza:

La Tasa Fiscal está gravando la manifestación de riqueza del organizador, que se dedica a la actividad empresarial del juego, tal como dice la STC de 10 de noviembre de 1994 en su Fundamento Jurídico Cuarto, penúltimo párrafo «... constituye un auténtico “impuesto” que grava los rendimientos obtenidos por actividades de empresarios privados de manera virtualmente idéntica a los impuestos que gravan la adquisición de renta por actividades expresiva de capacidad económica».

El Impuesto Valenciano sobre el Bingo está gravando la manifestación de riqueza del jugador, mediante la compra de cartones para participar en el juego”.

-La última de las cuestiones a destacar es la relativa a la solicitud de los recurrentes de la devolución de este impuesto. No obstante, el sujeto pasivo contribuyente del Impuesto valenciano sobre el bingo es el jugador, que es quien hace frente con su dinero a la carga tributaria impuesta por la Ley, mientras que la organizadora del juego del bingo no es el contribuyente, sino, como afirma la Sentencia “sólo quien le sustituye en la obligación formal de declarar y en la material de ingresar el importe que ha ido exigiendo/recibiendo de los contribuyentes-jugadores, mediante declaraciones liquidaciones[...].

Por tanto, la parte actora está reclamando la devolución de unas cantidades que no pertenecen a la esfera de su patrimonio, no pudiendo predicarse, en consecuencia, que exista ningún derecho subjetivo a obtener las devoluciones de las mismas.

En el Impuesto Valenciano sobre el Bingo, en el que el sujeto Pasivo contribuyente es el jugador, que abona el impuesto en el momento de adquisición del cartón -operación que se realiza de manera completamente anónima-, sin que estén individualizados los sujetos que abonaron el impuesto, de tal manera que la devolución al recurrente de unas cantidades que le han sido abonadas por terceros con destino a la Administración, supondría un enriquecimiento sin causa por parte de éste lo cual resulta completamente incompatible con nuestro ordenamiento”.

XVI.-IMPUESTOS LOCALES

1.IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. NULIDAD DEL ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE SU ORDENANZA REGULADORA AL HABERSE APROBADO ANTES DE LA FINALIZACIÓN DEL PERÍODO DE EXPOSICIÓN AL PÚBLICO Y PORQUE SE REMITIÓ PARA LA PUBLICACIÓN EL TEXTO DEFINITIVAMENTE APROBADO CON POSTERIORIDAD AL INICIO DEL PERÍODO IMPOSITIVO

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid, imponiendo costas al mismo.

La sentencia, objeto del recurso de casación, estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la modificación de la Ordenanza Fiscal del IBI impugnada, entre otras cuestiones, porque su aprobación definitiva había tenido lugar antes de la finalización del período de exposición al público, y porque el anuncio de la aprobación definitiva había sido publicado sin expresar la fecha en que se produjo, al haberse enviado con anterioridad el texto que había de publicarse, todo lo cual afectaba a su fecha de entrada en vigor, que no podía ser el 1 de Enero de 1997, como establecía el Acuerdo.

Establece el Tribunal Supremo que “la publicación del acuerdo definitivo no es válida, porque no contiene la fecha de su aprobación, como exige el art. 16.2 de la Ley 39/1988 [artículo 17.4 del vigente Texto Refundido]. El recurrente sostiene que se trata de un simple error del Boletín que omitió el dato suministrado por fax el mismo día 31 de Diciembre, y que un mero vicio de forma no puede acarrear la nulidad del acto producido.

No podemos, sin embargo, compartir este criterio, dado que la publicación del acuerdo realmente adoptado no se produjo en esa fecha, al haberse remitido vía fax, una vez concluido el Pleno, a las 15 horas, constandingo, por el contrario, que lo publicado el 31 de Diciembre fue el anti-

cipo del acuerdo que se iba a proponer al Pleno, y que fue remitido el día 27 de Diciembre, porque se pretendía que la modificación comenzara a aplicarse el 1 de Enero de 1997.

No cabe olvidar que el personal de BOCM no recibió el fax remitido por el Ayuntamiento, a fin de que se procediese a publicar la modificación fiscal, hasta el día 2 de Enero de 1997.

Frente a lo que se alega, no estamos en presencia de una simple irregularidad formal, sino de un vicio esencial que afecta a la eficacia del Acuerdo adoptado, y prueba de ello es que el texto definitivamente aprobado fue posteriormente remitido para su publicación, con indicación exacta de la fecha de su aprobación”.

XVII.-TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

1. TASA POR OCUPACIÓN DE LA VÍA PÚBLICA CON CAJEROS AUTOMÁTICOS. LA UTILIZACIÓN DE UN CAJERO AUTOMÁTICO SITUADO EN LA FACHADA DE UN EDIFICIO SUPONE LA OCUPACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 3 de enero de 2005

El TSJ de Castilla-La Mancha desestima el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de un Juzgado de lo contencioso-administrativo, condenando en costas al apelante.

Para la parte recurrente la utilización de un cajero automático situado en la fachada de un inmueble particular no supondría la ocupación de dominio público, que sería el hecho imponible de la tasa, por lo que solicita la nulidad de su liquidación y la de la Ordenanza que la estableció.

El criterio que se sigue por el Tribunal Castellano-Manchego viene a coincidir con el establecido por la Sentencia de 7 de julio de 2002, del TSJ de Cataluña, así como por la del propio Tribunal en la de 20 de sep-

tiembre de 2004. En efecto, dispone la sentencia reseñada que: “El aprovechamiento especial que justifica la tasa consiste en la utilización del dominio público para el ejercicio de la actividad bancaria de forma ininterrumpida; dicho de otro modo, no sería posible el ejercicio de este tipo actividad bancaria si no se aprovechara, de forma no excluyente, pero sí especial, de las vías públicas; situación que se produce cuando los cajeros están ubicados en línea de fachada con las calles y no cuando se encuentran en el interior de las entidades; en estos casos para el ejercicio de la misma actividad la entidad precisa dedicar un espacio interior para el mismo fin. El aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero sino en la entidad que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico y siendo la tasa un justo equilibrio compensatorio a este beneficio económico específico y exclusivo y que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide por tanto su inclusión en el art. 75 del Real Decreto 1372/1986, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como uso común especial; el hecho de que no se contemple específicamente en el art. 20.3 de la Ley de Haciendas Locales, tampoco constituye obstáculo, al ser una enumeración abierta y no cerrada”.

2.TASA POR TRAMITACIÓN O EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS Y POR EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA COMO ACTIVIDAD PÚBLICA NO ESTÁ SUJETO A UNA TASA, AUNQUE TAL ACTIVIDAD HAYA SIDO INICIADA A SOLICITUD DE LOS PARTICULARES

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 2005

En esta Sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto en interés de Ley por un Ayuntamiento, al que condena en costas. De la misma nos interesa destacar que la recurrente solicita del Tribunal Supremo un pronunciamiento del siguiente tenor: «El apartado 4 del señalado art. 20 de la LHL, también según la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de Julio, [coincidente con el vigente Texto Refundido] debe interpretarse en el sentido de que su apartado a) supone que la facultad del Ayuntamiento de imponer tasas por la expedición de documentos que expidan o entiendan las Administraciones o Autoridades

Locales, comprende los que se refieran a la aprobación de instrumentos urbanísticos de ordenación que soliciten los particulares».

En relación con esta cuestión, se establece en la Sentencia que “la petición de los particulares para que se inicien los instrumentos urbanísticos citados (denominados de «iniciativa particular») no priva a éstos de su naturaleza pública pues la «actividad urbanística» (cuando de la planificación se trata) no se produce a instancia de parte, sino en el ejercicio de competencias propias administrativas y de naturaleza pública que sólo son «promovidas» por los particulares. Los planes urbanísticos constituyen el reflejo de una potestad administrativa típica, la urbanística, razón por la que su ejercicio no parece que deba ser sujeto a una tasa, aunque tal actividad haya sido iniciada por una petición de particular.

Distinta sería la solicitud de expedición de documentación del Plan ya aprobado, que, evidentemente, sí se incardinaría en lo dispuesto en el artículo 20.4 a) del texto invocado.

Desde un punto de vista sistemático, y aun reconociendo que el artículo 20.4 de la LHL no contiene una relación cerrada de las prestaciones de servicios que pueden ser objeto de tasa, es lo cierto que sus apartados h) e i) establecen: «... h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana. i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos...». Parece razonable deducir que si los instrumentos urbanísticos invocados pudieran ser objeto de tasa, la norma expuesta habría hecho mención expresa de ellos”.

NOTAS:

¹ El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los apartados I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Profra. Ayudante LOU). Los apartados II, V y XIV serán comentados por Esther Sánchez López (Profra. Titular de Universidad). Los apartados III y VII serán comentados por Gemma Patón García (Profra. Asociada). Los apartados

IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Profra. Asociada). Los apartados VI y X serán comentados por J. Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof. Asociado). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia M^a Luchena Mozo (Prof. Titular de Universidad) realizando también las tareas de coordinación junto a Miguel Angel Collado Yurrita (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Director del Centro Internacional de Estudios Fiscales). Los apartados XV, XVI y XVII serán comentados por Pedro José Carrasco Parrilla (Prof. Titular de Universidad).

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

COMENTARIO AL LIBRO DE MARIN LOPEZ, JESUS

Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros, Tomos I y II (Anexo documental), Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, 513 y 428 páginas, respectivamente.

1. El Dr. Manuel J. MARÍN LÓPEZ, profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Castilla-La Mancha, es un buen conocedor del que pudiéramos denominar “Derecho contractual de consumo” como el prologoísta, Dr. Rodrigo BERCOVITZ, se encarga de subrayar. Bastan para acreditarlo dos obras. En primer lugar, su exhaustivo estudio sobre *la compra-venta financiada de bienes de consumo* (Aranzadi, 2000) que luego ha completado a raíz del caso “Opening” y de la modificación sufrida, en 2003, por el art. 15. 1. b) de la Ley 7 / 1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. En segundo lugar, el impresionante *Código de consumo* (Thompson Aranzadi, 2004, del que es coautor con el Dr. Pascual MARTÍNEZ ESPÍN): impresionante no sólo porque manejan (toda) la apabullante legislación comunitaria, estatal y autonómica sobre esta materia, sino por su detallado y valioso estudio jurisprudencial, además de las concordancias legales, imprescindibles para establecer cuál es el Derecho aplicable, sin duda una de las cuestiones más arduas en este sector del ordenamiento. Además, participa en un grupo de profesores que abordan el Derecho de consumo desde su pertenencia al Derecho común de contratos, en el que se enraiza y a partir del cual debe explicarse. Así forma parte del *Centro de Estudios de Consumo* de la Universidad de Castilla-La Mancha (www.uclm.es/cesco), Centro que, bajo la dirección del Dr. Ángel CARRASCO PERERA (maestro del Dr. Manuel J. MARÍN), ha publicado una obra de referencia, que trata de poner concierto entre tanto desorden: *El Derecho de consumo en España: presente y futuro* (Instituto Nacional de Consumo, 2002). Otra ventaja añadida es su cercanía al proceso legislativo en esta materia, no en vano el libro que ahora recensiono es un “informe” para el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Aunque últimamente parezca corregirse, en la literatura jurídica española sobre el Derecho de consumo abundan los textos puramente

descriptivos y las obras corales que aíslan las soluciones legales de las normas de las que proceden o de los principios en que descansan. No es éste el caso. La precipitación con la que el legislador abordó el texto principal en la materia (la Ley 26 / 1984, de 28 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, seguida de la pobre Ley 7 / 1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista) así como el acarreo incesante de las Directivas comunitarias han impedido una reflexión acabada para decidir un desarrollo sensato y articulado del Derecho contractual de consumo. Justamente el quehacer legislativo en esta materia se ha desarrollado de manera torpe (abundan las incorporaciones textuales de Directivas), incongruente (incluso se aprecian incoherencias entre las propias normas especiales) y de espaldas al Derecho común de contratos, que todavía contiene, cómo no, reglas aprovechables en muchas cuestiones.

Esta falta de reflexión puede apreciarse también en la última de tales leyes, la Ley 23 / 2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (LGVBC), que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 1999 / 44 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo. No me parece que vaya a remediarse por la vía propuesta por la Disposición Final 4.^a de la Ley 23 / 2003, que habilita al Gobierno para que “en el plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos”. La fórmula de la “codificación” del Derecho de consumo, a la vista de la práctica legislativa española, nos permite augurar que será poco más que una simple compilación, en un texto único, de las distintas normas hasta ahora dispersas.

2. El propósito principal del Dr. Manuel J. MARÍN en esta extensa obra es dar cuenta de la Directiva 1999 / 44 / CE, exponiendo sus antecedentes y el alcance preciso de sus reglas, para después examinar cómo se ha incorporado en los quince Estados que formaban parte de la Unión Europea en abril de 2004, en concreto Alemania, Austria, Bélgica,

Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Suecia.

Para ello, al margen del análisis de esa incorporación que lleva a cabo en el tomo I (partes II y III) ofrece después una traducción de todos los textos (Anexo II del tomo II intitulado "Anexo documental" con la redacción original para eventuales cotejos) junto con el texto de la Directiva en español, italiano, francés, alemán e inglés (Anexo I del tomo II). El libro traduce el entonces proyecto de ley en Francia que es sustancialmente igual al texto legal vigente, que introduce varios artículos en el *Code de la consommation* (Ordonnance n.º 2005 - 136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, Journal Officiel de la République Française, 18 février 2005).

Pudiera pensarse que la utilidad mayor de este libro era servir de texto de referencia al tiempo de decidir la incorporación de la Directiva a nuestro Derecho (y probablemente ese fuera su fin, se trata de un "informe" para el Ministerio de Sanidad y Consumo) y que, como ya tenemos una ley en vigor, apenas sirve como texto histórico y comparatista o para una eventual modificación de la Ley 23 / 2003. Nada más lejos de la realidad. La radical utilidad y actualidad del libro creo que puede justificarse en las siguientes dos razones. En primer término, una razón normativa: la obligación de interpretar el Derecho interno conforme a Directiva exige como labor previa conocer con exactitud el alcance y fin de la Directiva en cuestión. En segundo lugar, nos permite advertir, como luego diré, un conjunto de problemas no resueltos por nuestra Ley o resueltos pero de modo insuficiente o defectuoso y ensayar algunas soluciones a partir del conocimiento exacto de la Directiva.

Esta advertencia nos aboca a reflexionar más pausadamente sobre el cómo de la incorporación de las Directivas, tanto en relación con otras normas de protección de consumidores como por sus relaciones con el Derecho común de contratos. Tal vez el legislador español amplíe su propio cometido (DF 4.ª LGVBC) y opte por una remoción de nuestro Derecho de la compraventa, aunque apenas haya habido propuestas en este sentido. No obstante sobresale la elaborada por el Profesor Antonio Manuel MORALES MORENO, primero en "Adaptación del Código civil al

Derecho europeo: la compraventa”, *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, coord. Àrea de Dret Civil Universitat de Girona, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 109 - 149, versión que luego ampliara en ADC (2003) IV, pp. 1609 - 1651. Quizá debería optarse por una modificación más ambiciosa, la del íntegro Derecho del incumplimiento contractual.

Una última observación previa: la incorporación de la Directiva 1999 / 44 / CE (de mínimos, art. 8. 2) en los distintos Estados miembros se ha conducido por caminos bien distintos (unos modificando su Código civil, otros promulgando leyes especiales o alterando algunas otras que ya contenían especialidades sobre la materia, Parte II del tomo I), aunque finalmente sus reglas materiales sean bastante semejantes. No obstante, es un ejemplo de las dificultades para la unificación, siquiera parcial, del Derecho privado en Europa, porque los Derechos nacionales se encuentran inmersos en sus propias realidades normativas y sujetos a tradiciones tuitivas francamente desiguales.

3. La obra se divide en dos tomos: en el primero, que se subdivide a su vez en tres partes, se estudia la Directiva 1999 / 44 / CE y su incorporación a los Derechos internos de los Estados ya mencionados. En la Parte I, la que tiene más enjundia, se estudian los antecedentes de la Directiva y sus rasgos generales; algunos de los cuales se abordan después separadamente al estudiar la incorporación a los diferentes Derechos internos. Así ocurre con el carácter imperativo de las previsiones de la Directiva, las reglas de Derecho internacional privado o con las acciones colectivas de cesación (Parte III, epígrafe IX).

Luego se examinan circunstanciadamente los siguientes asuntos: i) el ámbito de aplicación objetiva y subjetiva (qué contratos, qué sujetos resultan protegidos); ii) la conformidad del bien con el contrato, con una excelente y minuciosa exposición de los criterios de determinación de la conformidad; iii) los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad; iv) los derechos del consumidor: en los que más que el listado o presupuestos por los que se gobierna cada uno de ellos, interesa el modo en que se relacionan entre sí; v) los plazos, en los que la Directiva permite una amplia disarmonía ya advertida entre nosotros, así

respecto a la carga de denuncia que puede pesar sobre el comprador (no forma parte del mínimo, art. 5. 2) o al plazo de ejercicio de los derechos (art. 5. 1); vii) los sujetos responsables de la falta de conformidad, en particular el caso del productor, con la posibilidad de configurar acciones directas frente a éste (art. 12); y por último, viii) las garantías comerciales. Este esquema le sirve de modelo para el posterior estudio comparativo de la incorporación de la Directiva 1999 / 44 al Derecho de los distintos Estados (Parte III).

El estudio comparativo alienta la búsqueda de otros modos de incorporar las Directivas en nuestro Derecho porque aunque son muchas las dificultades, otros las han afrontado con éxito con puntos de partida semejantes. También invita a reflexionar sobre el valor del Código civil y las cautelas con que debe abordarse su reforma. No es un simple problema de técnica legislativa (los procedimientos son muchos y probablemente todos ellos igualmente eficaces), es también una respuesta articulada a un conjunto de problemas que no hay razón para que se resuelvan de forma disímil. No es razonable la multiplicidad de regímenes jurídicos que soporta entre nosotros el contrato de compraventa. Por ejemplo, después de la lectura de la Parte III podemos preguntarnos lo siguiente: ¿es razonable la extensión del régimen de la falta de conformidad a otros tipos contractuales que supongan la entrega de una cosa?; ¿debe establecerse expresamente un plazo de prescripción para el derecho a recuperar la cosa entregada para su reparación más allá del art. 12. 4 LOCM?; ¿debería configurarse un deber de advertencia del vendedor en el caso de defectos de los materiales suministrados por el comprador?; ¿es necesario formular una regla de compatibilidad de los derechos predispuestos con los remedios contractuales generales como la excepción de contrato no cumplido?; o por último, ¿debe establecerse como remedio específico la devolución al comprador de los gastos infructuosos?

El primer tomo se cierra con una excelente bibliografía que permite afirmar que la literatura jurídica en España no ha tomado conciencia, o lo ha hecho pero no con la suficiente intensidad, de la trascendencia que tiene esta Directiva para el Derecho común de contratos ni tampoco de que la Ley 23 / 2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo no es, no puede serlo, una norma más. No sólo hay razones pura-

mente prácticas para considerar trascendente esta Ley (la indudable importancia cuantitativa del tráfico económico que se regula) sino también la influencia que debe tener sobre el sistema de responsabilidad contractual, en particular, sobre la delimitación misma del incumplimiento (o falta de conformidad) y sobre la articulación de los remedios a disposición del comprador.

El segundo tomo es un anexo documental en el que primero reproduce la redacción oficial de la Directiva 1999 / 44 / CE en inglés, francés, alemán, español e italiano (Anexo I) y luego una traducción no oficial de todas las normas de los Estados de la Unión que han procedido a la incorporación en sus respectivos Derechos de la Directiva, salvo Francia, caso en el que, como dije, se traduce el proyecto de ley (Anexo II). Con los textos traducidos en la mano puede confrontarse con mayor exactitud las afirmaciones sostenidas sobre la incorporación en las partes II y III del tomo I. La formidable tarea de traducir estos textos legales merece nuestra gratitud.

4. En la parte I del tomo I relativa a la “Directiva 1999 / 44 / CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo” el Dr. Manuel J. MARÍN desbroza y sistematiza la Directiva con una muy cuidada proporción. En particular, me parece que están muy bien tratados los siguientes asuntos, desde la premisa esencial de que la Directiva contiene reglas exclusivamente para los aspectos que conviene uniformar (se refiere a “determinados aspectos”) y que su lenguaje jurídico tiene valor expresivo pero no técnico, de manera que cada Derecho acomodará la regla del modo que sea más procedente en su respectivo sistema.

En primer lugar en el ámbito de aplicación, el examen de los contratos incluidos (pp. 64 - 76) y la noción de consumidor (pp. 77 - 80). Un estudio detallado de los ámbitos de aplicación específicos es urgente, porque son a menudo olvidados al tiempo de juzgar la aplicación analógica o el simple intercambio de soluciones entre normas especiales de protección.

En segundo lugar, la noción de falta de conformidad (pp. 80 - 136) en que enumera los distintos criterios que emplea el legislador comunita-

rio para darle contenido a la conformidad, desde la prevalencia de la autonomía de las partes. La Directiva procede de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Derecho vigente en España, instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, BOE 30 de enero de 1991) y esta procedencia es una buena herramienta interpretativa de la que el Dr. Manuel J. MARÍN hace un uso generoso. Distingue entre criterios subjetivos y objetivos de integración legal del contrato (que no presunciones de falta de conformidad, pp. 92 y ss): entre los primeros, la adecuación del bien a las descripciones del vendedor y a las cualidades de la muestra o modelo; y la adecuación del bien al uso especial requerido por el consumidor. Entre los segundos, la aptitud para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo, y la calidad y prestaciones habituales del bien que el consumidor pueda fundadamente esperar. Estudia luego de modo separado las declaraciones públicas (de terceros) con reflexiones muy valiosas (pp. 117 - 130) y la asimilación a la falta de conformidad de la incorrecta instalación (en particular, pp. 134 - 135). Aquí cobran pleno sentido las afirmaciones que vierte sobre la compraventa de bienes conocidamente defectuosos, relevante también para los bienes de segunda mano. Son especialmente útiles, sus observaciones sobre los criterios objetivos, llamados a ser en la práctica los principales criterios legales de integración.

En tercer lugar, examina los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad (pp. 137 - 156), desprendida ya de criterios subjetivos de imputación, en que sobre todo estudia el acuciente problema de la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad. En su afán de agotar los perfiles del problema aborda un asunto no ordenado por la Directiva pero que exige una respuesta conjunta a ella: la traslación del riesgo (pp. 143 ss) asunto que está estrechamente vinculado a la prueba (y carga) de la preexistencia de la falta de conformidad.

En cuarto lugar, los derechos de que disfruta el comprador frente a la falta de conformidad que es la "parte sustancial" de la Directiva (p. 157), donde el autor estudia los expresamente establecidos, a saber la sustitución, reparación, rebaja del precio y resolución (pp. 164 - 186) jerárquicamente ordenados en derechos primarios (los dos primeros) y subsi-

diarios (rebaja del precio y resolución). También menciona la indemnización del daño (pp. 161 ss), la suspensión del pago del precio (pp. 163 ss) y los efectos de la resolución del contrato cuando proceda (pp. 182 - 186), asunto éste último que padece una desidia legal recurrente, también entre nosotros.

En quinto lugar, los plazos de la garantía legal (pp. 186 - 201), asunto que como el propio autor afirma es “una de las cuestiones más delicadas” (p. 186). En este punto es muy significativa, como dije, la doble disarmonía permitida por la Directiva, aquí radicalmente de “mínimos”: por una parte, en la imposición de una carga de denuncia de la falta de conformidad en cabeza del comprador; por otra parte, la sujeción a plazos de prescripción o no (con suspensión o no en virtud de ciertas circunstancias y con posiblemente variados *dies a quo* de cómputo) del ejercicio de los derechos.

En sexto lugar, estudia el sujeto responsable de la falta de conformidad (pp. 202 - 215). Propiamente son dos sujetos: uno firmemente determinado por la propia Directiva (el vendedor) y otro eventual, el productor, que la Directiva permite pero no establece (fruto probable del enrevesado camino legislativo de la regla) al que dedica un buen número de páginas. Sobre todo nos ofrece los argumentos para incluir o excluir una acción contra el productor, que, como veremos, no han sido debidamente ponderadas por nuestro legislador (art. 10 LGVBC) y aunque se pronuncie por una admisión matizada de la responsabilidad del productor no lo hace sobre el régimen al que debería someterse. En todo caso, me parece que los argumentos que justifican su admisión predeterminan una buena parte del régimen jurídico (sobre todo la subsidiariedad o no de la acción). La asignación de la responsabilidad al vendedor no impide que la falta de conformidad sea imputable a un tercero frente al que el vendedor podrá repetir. Este derecho de repetición entre empresarios no necesita para su posibilidad de declaración expresa, menos aún cuando el derecho de repetición se formula en términos dispositivos en la propia Directiva, lo que conducirá a los problemas propios del control de contenido de condiciones generales estipuladas entre empresarios.

En séptimo lugar, se ocupa de las garantías comerciales (pp. 215 - 227), como ventajas añadidas respecto al régimen legal y unilateralmen-

te ofrecidas por el vendedor o el productor (el garante) al comprador. Critica la exclusión de las garantías convencionales onerosas (sólo acoge la Directiva las gratuitas) y examina detalladamente los requisitos formales que se imponen en su otorgamiento y también la ausencia de reglas sobre las consecuencias de la infracción de tales requisitos.

En octavo y último lugar, no estudia de manera separada, como tal vez fuera razonable, la compraventa de bienes de consumo de “segunda mano” que tiene ocasionales manifestaciones dentro de la noción de conformidad, la exposición de alguno de los derechos del comprador o la duración de la garantía legal (pp. 115, nota 218, 153, 170 y 190, entre otras).

5. A partir de este libro podemos hacernos varias preguntas, algunas de las cuales formula el propio autor y otras son necesarias a la vista de la Ley 23 / 2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo. Como dije, uno de los valores de esta obra, es que nos obliga a pensar sobre nuestra Ley. También podemos hacer algunas afirmaciones generales que son consecuencia de su incorporación, por la aguda contradicción valorativa que supone mantener las cosas como están. En primer lugar, parece razonable ordenar de un modo semejante los distintos supuestos de incumplimiento contractual: sean la falta de conformidad, el cumplimiento tardío, la falta de entrega, la existencia de defectos de cantidad, los vicios jurídicos (las pretensiones de terceros sobre el objeto del contrato) o las faltas de seguridad. Tampoco parece muy sensato, en segundo lugar, conservar la disparidad de regímenes legales para la compraventa (de bienes de consumo, de bienes inmuebles entre particulares, mercantiles, internacionales): disparidad que no sólo es de régimen (en materia de plazos o derechos) sino de modo de concebir el contrato y su cumplimiento.

Me permito, por tanto, hacer las siguientes observaciones sobre la Ley 23 / 2003, sugeridas por la lectura de esta obra y limitadas a los aspectos que juzgo más llamativos, sin aspirar a una crítica articulada.

i) Es muy difícil construir un régimen jurídico más o menos detallado de la compraventa de bienes de segunda mano, en el que hay varios puntos de fuga: sus relaciones con la compraventa de cosas conocida-

mente defectuosas, la delimitación misma de los bienes de segunda mano o la elusión del régimen legal a través de la simple intermediación del profesional entre particulares (recordemos el art. 4 II LGVBC).

ii) La acción contra el productor acogida en el art. 10 LGVBC es un compendio de errores: acoge textualmente las razones aducidas en el Libro verde para su establecimiento y asimila los casos en que el productor debe responder finalmente también en las relaciones internas (por serle imputable la falta de conformidad) con los casos en que debe responder frente al comprador (falta de conformidad reclamada infructuosamente frente al vendedor); por último, menciona el derecho de repetición sin hacer alusión alguna al problema de los pactos contractuales que puedan establecerse entre los sujetos de la cadena de distribución, que puede privarle de toda eficacia. Por si fuera poco, el precepto contiene una errata aún no corregida: en el texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (núm. 165, de 11 de julio de 2003) se dice “cesara” y no “cesará”, texto que no se corresponde con la redacción definitivamente aprobada por el Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, A 117 - 17, 3 de julio de 2003.

iii) Se incorporan causas de suspensión de la prescripción e incluso de la duración de la propia garantía legal sin armonía ninguna con el Derecho común (apenas la mención residual a la suspensión en el art. 955 C de C); ni tampoco guarda armonía ninguna la inclusión de la carga de denuncia en la que, además, el legislador olvida señalar las consecuencias de su infracción que deberían consistir, razonablemente, en la pérdida de la posibilidad de ejercer los derechos.

iv) No se ordena consecuencia alguna para el caso de que se infrinjan los requisitos formales de las garantías comerciales ni tampoco se aclara cuál es su disciplina legal vigente (no se derogan expresamente los arts. 11 LGDCU y 12 LOCM, aunque deba entenderse derogado el primero). La Disposición Derogatoria única de la Ley formula la regla de cierre o de salvaguardia (deroga todas aquellas normas, de igual o inferior rango, que se opongan a lo dispuesto en ella) pero no se pronuncia sobre las derogaciones expresas, como era procedente según señala la Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría del Ministerio de

Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Acuerdo del Consejo de Ministros sobre las “directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley” (BOE 18 de noviembre) que literalmente dice: “Las disposiciones derogatorias incluirán únicamente las cláusulas de derogación, recogándose una relación tanto de todas las Leyes y normas inferiores que se derogan, como de las que se mantienen en vigor y cerrándose la lista con una cláusula general de salvaguardia que acotará la materia objeto de derogación”. Aunque no sea éste el defecto más agudo de técnica legislativa achacable a esta Ley: léanse las insólitas Disposiciones Finales 2.^a y 3.^a

v) Se consagra la incertidumbre legal sobre las obligaciones indemnizatorias (compatibles según la DA única LGVBC) en varios aspectos sobresalientes de su régimen jurídico: cuáles los criterios de imputación, cuál su plazo de prescripción, cuáles las partidas que comprende, con especial mención de los daños morales. No se sabe si puede recurrirse a las reglas generales (arts. 1101 a 1108 CC sobre todo) o a las propias del contrato de compraventa (art. 1486 CC). Incertidumbre que es un fuerte incentivo para que no se ejerzan acciones de esta clase y para privar a las normas contractuales de efectos preventivos sobre las conductas de los empresarios en el mercado; un régimen suficientemente preciso sería un incentivo para acomodar su conducta a la disciplina legal.

6. Creo que la obra del Dr. Manuel J. MARÍN enriquece la discusión sobre la incorporación de la Directiva 1999 / 44 a nuestro Derecho y será una herramienta imprescindible para cualquiera que estudie la Ley 23 / 2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo. Es más, tal vez sea el propio autor el llamado a ofrecer su propia perspectiva sobre esta Ley.

José Ramón García Vicente
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
VI EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO
PARA IBEROAMERICANOS

Toledo (España), del 9 al 26 de enero de 2006

PRESENTACION:

*La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la VI Edición de los
CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS*

La VI Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 9 al 26 de enero de 2006, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, la Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

- La responsabilidad civil extracontractual en el siglo XXI
- Propiedad intelectual
- Justicia constitucional: Teoría y práctica actual
- El control tributario: Potestades de la Administración y derechos del contribuyente
- Investigación y prueba en el proceso penal
- El constitucionalismo del Estado social

Más información: www.uclm.es/postgrado.derecho

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351/ 680 222319

