



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 41 - Noviembre 2006

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 email: diario.official@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.official@jccm.es

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

ISBN 84-505-64-73-5
D. Legal TO-998-1988

SUMARIO:**ESTUDIOS**

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS. <i>José Miguel Escribano Zafra</i>	9
ALCANCE Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FORENSE. <i>Juan Manuel Fernández Aparicio</i>	49
UNA VISIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL. <i>Marcelo Figueiredo</i>	69
CONCURSO DE NORMAS Y DE INFRACCIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. <i>Remedios Gómez Padilla</i>	137
LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS EN CASTILLA-LA MANCHA. <i>Antonio J. Navarro Espejo</i>	161
EL DERECHO DE SOCIEDADES EN POLONIA: ANTECEDENTES, ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO POSITIVO EN LA ACTUALIDAD Y TENDENCIAS DE EVOLUCIÓN. <i>María Valmaña Ochaíta</i>	205

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD	247
DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA SANITARIA EN CASO DE CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS	265

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA.
Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia M^aLuchena Mozo, M^a Prado Montoya López, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios. 297

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. *Pilar Domínguez Martínez* 389

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

COMENTARIO AL LIBRO DE MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, 2006, 165 págs. *Vanessa Ballesteros Moya.* 407

COMENTARIO AL LIBRO DE MORENO MOLINA, José Antonio y MAGÁN PERALES, José M^a A.: *La responsabilidad de las Administraciones Públicas y, en especial, de las corporaciones locales, un estudio desde el análisis de la jurisprudencia*, Ed.El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2005. C. *Belén Torres Sánchez.* 415

VII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 8 a 25 de enero de 2007. 423

ESTUDIOS

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

JOSÉ MIGUEL ESCRIBANO ZAFRA

Vicesecretario Segundo de la Excma. Diputación Provincial de Granada

RESUMEN

INDICE:

1. – Introducción. 2. – Antecedentes. 3. – Principales áreas metropolitanas europeas: Londres. Paris. Frankfurt. 4.- Concepto. 5.- Características. 6. – Procedimiento de constitución: 6.1. - Formación geográfica. 6.2. - Constitución normativa. 7. - Régimen jurídico. 8. – Competencias. 9.- Conclusiones. 10 - Bibliografía.

Las áreas metropolitanas ha sido abordadas desde distintos puntos de vista. Las grandes ciudades cuentan con una normativa específica para su organización funcionamiento para poder abordar y resolver su problemática. Sin embargo las zonas que componen las áreas metropolitanas cuentan con un régimen jurídico, pero poco desarrollado, lo que hace que hasta la fecha no se hayan podido establecer unos mecanismos reales y conjuntados para resolver los problemas de funcionamiento que se dan en este tipo de entidades. En este trabajo examinamos las distintas problemáticas de las entidades metropolitanas y cuales son las líneas de futuro que se les presentan.

1. - INTRODUCCION

Este trabajo pretende ser una breve referencia a un tipo de entidades locales como son las áreas metropolitanas, debido a los especiales problemas que se plantean en su organización político-administrativa, una vez que ya se puede decir que ha pasado la fuerte potenciación de las Comunidades Autónomas y que se afronta el nuevo marco de estudio del mundo local, con el tan hablado “Pacto local”. Por lo que creo que es necesario detenerse a estudiar este tipo de entidades locales, (aunque otros lo hayan realizado antes) dentro de la administración metropolitana, fuera del mal entendido municipalismo estricto y así buscar la solución a la reforma de las estructuras locales.

Ahora se pretende dentro del pacto local dotar de nuevas competencias a las entidades locales, competencias derivadas de las que les pertenece a las Comunidades Autónomas para que aquellas administraciones que se encuentran más cerca del ciudadano lleven a cabo las mismas. Pero los problemas metropolitanos que tienen ciertas entidades locales no se han solucionado con esta vía porque quizás no se trate tanto de delegar competencias a las entidades locales para que estas se sientan más o menos reconocidas dentro del esquema administrativo del territorio, sino que se intente abordar el problema que en los años 70 se abordó en otros países del norte de Europa, por ejemplo Reino Unido, Alemania, etc., donde se buscaron unidades administrativas que tuvieran unas dimensiones adecuadas para poder hacer frente a sus obligaciones.

O como ha ocurrido más recientemente en Francia donde en los últimos años ha existido una gran preocupación por los asuntos que afectan a las ciudades, y que en ellas se dan una serie de problemas de gran trascendencia como son el desempleo, la inseguridad, la falta de cohesión social y económica, lo que ha dado lugar a una fuerte exclusión social. De esta preocupación, por Decreto de 2 de abril de 1998, se delegaron una serie de competencias relativas a la ciudad por parte del Ministro de Empleo y Solidaridad en la figura de un Ministro Delegado, con independencia de los diferentes órganos a nivel nacional y local que ya existían. Estas políticas de cohesión económica y social se establecieron por un desarrollo y potenciación de la democracia en ese territorio y por otra parte en la potenciación de la políticas de la Unión Europea, desde un punto de vista regional que ha pasado de una estrategia de redistribución financiera a una estrategia de política de intervención estructural sobre los territorios. Así, desde la Unión Europea se impone un principio de cohesión económica y social para lograr un desarrollo armónico de la comunidad, utilizando para ello varios instrumentos como son los Fondos Estructurales y diferentes programas: Leader I y II, Urban, Agenda 2000, etc.).

En España como en otros países de nuestro entorno, no se han solucionado los problemas de funcionamiento y cohesión de las grandes zonas pobladas y/o ciudades, aunque ahora parece que desde actuaciones llevadas a cabo dentro de la solicitud de subvenciones a estos pro-

gramas o fondos estructurales a la Unión Europea son los municipios los que se unen en Mancomunidades o Consorcios (fundamentalmente éstos) para la concesión de las citadas ayudas europeas. (Nunca es tarde si con este método se alcanza el fin).

También se ha intentado dotar de un nuevo régimen legal a las grandes ciudades a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local estableciendo el nuevo título X donde se recoge un régimen orgánico específico para los municipios con población superior a los 250.000 habitantes, las capitales de provincia de población superior a 175.000 habitantes, los municipios capitales de provincia, capitales autonómicas o sede de instituciones autonómicas y los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, si bien en los dos últimos casos se exige que así lo decidan las Asambleas legislativas correspondientes. Las normas contenidas en los capítulos II y III del título X, serán también de aplicación a los Cabildos Insulares Canarios de Islas cuya población sea superior a 175.000 habitantes, y a los restantes Cabildos Insulares de Islas cuya población sea superior a 75.000 habitantes, siempre que así lo decida mediante Ley el Parlamento Canario a iniciativa de los Plenos de los respectivos Cabildos.

Ahora bien, esta nueva normativa pretende solucionar los problemas de estructura jurídico organizativa de ese tipo de ciudades, (y ya se verá si la modificación trae buenas o malas consecuencias) pero, sin embargo, no se da solución a los problemas que se producen en las zonas de grandes aglomeraciones urbanas, donde se deben de prestar un conjunto de servicios obligatorios y necesarios y donde se unen estructuras organizativas y entes territoriales, cada uno con competencias sobre determinadas materias, que complican la gestión de los servicios necesarios.

Dentro del asociacionismo municipal existen varias figuras afines; como por ejemplo, las mancomunidades, los consorcios, etc., pero nosotros vamos a tratar de estudiar otro tipo de colectividades locales dentro del asociacionismo municipal y en especial el problema que plantean las denominadas áreas metropolitanas. Si tenemos en cuenta que desde la

normativa estatal aplicable a todo el territorio la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local prevé que las Comunidades Autónomas pueden crear, modificar y suprimir, mediante ley mancomunidades de municipios, comarcas, áreas metropolitanas entidades locales de ámbito inferior al municipal y otras entidades locales. Y desde Andalucía con la Ley de 7/1993 Reguladora de la Ley de Demarcación Municipal se han potenciado unas entidades locales en detrimento de otras. Se deja a un lado la comarca, en favor de otras entidades que se potencian de forma clara, por ejemplo las mancomunidades de municipios o los consorcios, no estrictamente entidades locales. Pero estas últimas salen reforzados en la citada ley andaluza, y sin embargo a las áreas metropolitanas, se les deja a medio camino de su potenciación, se reconocen como entidades locales y poco más. Repitiéndose en el legislador andaluz un problema siempre latente en este tipo de entidades, y es la falta de estabilidad y concreción para las mismas.

No se puede hablar de este tema sin indicar al menos que las instituciones metropolitanas han surgido para atajar problemas que a su vez van ligados al crecimiento urbano. Para empezar, han intentado resolver problemas derivados del planeamiento urbanístico, para después especializarse en otros problemas más concretos como por ejemplo: aguas, saneamiento, transportes, residuos sólidos, medio ambiente, etc.

Por ello analizaremos brevemente los antecedentes de estas entidades, su concepción y características principales, el procedimiento de creación sin duda curioso en cuanto a la necesidad de audiencia de varias administraciones, en unos casos fundamental para el buen funcionamiento del área y en otros casos (Administración del Estado) una actuación que recuerda el pasado.

2. - ANTECEDENTES

La Ley de Régimen Local anterior no contemplaba a las áreas metropolitanas, sólo conocía, la Provincia, el Municipio y la Entidad Local Menor. Las posibilidades de flexibilidad de este esquema se reducían a las mancomunidades o agrupaciones forzosas de municipios, y cabría así mismo, la anexión de unos municipios a otros, fórmula que se ha utiliza-

do a partir de los años cuarenta, para integrar municipios dentro de una gran ciudad.

Sin embargo este problema se evitó reconociendo la existencia de regímenes especiales a través de la aprobación de una norma especial, hecho que se produjo para Madrid y Barcelona, pero estas normas no se puede decir que abordaran los problemas de las áreas metropolitanas, ya que se quedaron en la resolución de ámbitos municipales más o menos grandes y concretos. El problema metropolitano ha estado siempre ligado a la necesidad de la planificación en varios ordenes, pero el primario siempre ha sido el urbanístico, que es desde el que se pueden abordar otros problemas más generales como es el caso de los planes directores territoriales donde se pueden abordar con carácter general varios problemas, por ejemplo los relacionados con los transportes, los suministros, la gestión de los residuos etc. Sin embargo, paradójicamente la cuestión metropolitana relacionada con el urbanismo no ha sido tratada en la normativa reguladora de esta materia, así la Ley del Suelo de 1956, desconoce el fenómeno metropolitano. Es en 1.965, cuando la Dirección General de Urbanismo del Ministerio de la Vivienda, publica un estudio sobre las áreas metropolitanas españolas de 1.960. Este estudio que nunca fue norma, puede considerarse como el primer documento oficial que se ocupa del tema con pretensiones de generalidad. Según el citado estudio las áreas metropolitanas debían contar con las siguientes condiciones simultáneas:

1ª.- Contener un municipio que tenga al menos 50.000 habitantes.

2ª.- Alcanzar 100.000 habitantes en el conjunto del área abarcada por el municipio principal y todos los demás, que cumplan las siguientes circunstancias:

a.- Una densidad demográfica municipal mínima de 100 habitantes por Km².

b.- Un índice de crecimiento demográfico municipal mínimo en el período comprendido entre 1.930 y 1.960 de 152 por 100 o una densidad demográfica municipal de 700 o más habitantes por Km².

c.- Formar en el territorio del municipio principal un área continua.

Por otra parte, el III Plan de Desarrollo mantuvo la línea marcada anteriormente sobre los diversos estudios de las áreas metropolitanas, variando la exigencia de población. Sólo más tarde la ley del suelo recogió un elemento planificador que podía ser un instrumento muy válido para las citadas áreas metropolitanas y eran los Planes Directores Territoriales de Coordinación.

Ahora bien, en las áreas metropolitanas como en cualquier otra institución jurídica hay que partir de la norma fundamental, nuestra Constitución de 1.978, texto que se ocupa de este problema de las áreas metropolitanas. Sólo prevé la posibilidad de agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, pero no menciona de forma expresa a las áreas metropolitanas.

Es en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 donde (1) en su artículo 43 se reconocen los regímenes de estas áreas, con una mención especial para los regímenes de los municipios de Madrid y Barcelona.

En este camino de la existencia de las áreas metropolitanas en España hay que referirse a las que han existido y así:

BARCELONA como entidad metropolitana surge como respuesta a la preocupación urbanística de su importante expansión, así se dicta la Ley de 3 de diciembre de 1953, que creó la Comisión de Urbanismo de Barcelona y su Comarca, a la que encomendó el desarrollo del Plan Comarcal. Posteriormente se aprobó la Ley de 7 de noviembre de 1957, que facultó al Gobierno para establecer un régimen municipal especial orgánico y económico para Madrid y Barcelona. Norma posteriormente desarrollada por Decreto legislativo de 23 de mayo de 1960. La Ley de bases de régimen local de 1.985 determina la vigencia de la ley especial de Barcelona de 23 de mayo de 1.960, pero al asumir la Generalitat de Cataluña, en virtud del Estatuto de Autonomía de 1.979, la competencia relativa a la ordenación del territorio y urbanismo, el Parlamento Catalán suprimió la Corporación Metropolitana de Barcelona que había sido creada por Decreto-Ley de 24 de agosto de 1.974, y sus competencias se distribuyeron entre la Generalitat y los municipios integrados en dicha corpo-

ración. La Ley de 1.987, por la que se establecen y regulan actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y en las Comarcas comprendidas en su zona de influencia, no crea una nueva entidad metropolitana y, por el momento solo tres servicios han sido confiados a organismos supramunicipales : los de transportes, aguas y residuos sólidos.

La Entidad metropolitana de transportes, a la que se asigna la función de coordinar los servicios de transporte público urbano de viajeros de los municipios de su ámbito territorial, planificar, ordenar y gestionar el transporte público interurbano que transcurre íntegramente dentro de dicho ámbito y el resto de los servicios de transporte público subterráneo de viajeros de Barcelona.

La citada ley dividió la conurbación de Barcelona en cuatro comarcas: el Bacedonés, el Baix Llobregat, el Vallés Occidental y el Maresma. Por último creó la Mancomunidad de municipios del área metropolitana de Barcelona.

Por lo que se refiere al área metropolitana: Entitat Metropolitana de Serveis Hidraulics i Tractament de Residus, tiene como funciones las de coordinar los servicios municipales relativos a esta función, como son las de prever las necesidades y, una vez concedido el aprovechamiento y sin perjuicio de las funciones propias de la administración hidráulica y sanitaria, realizar las obras y establecer y prestar los servicios en relación con la captación, tratamiento y distribución de agua potable y con el tratamiento y evacuación de las aguas residuales.

Programar y realizar las obras y establecer y prestar los servicios en relación con el tratamiento, aprovechamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos y con el transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos industriales, en los términos establecidos por la correspondiente legislación sectorial.

Por último la Ley 22/1998, de 30 de diciembre del Parlamento Catalán aprueba la Carta Municipal de Barcelona.

Por lo que se refiere a MADRID, desde un punto de vista urbanístico, se va a producir la creación de una realidad distinta del resto de

municipios a través de la Ley de 25 de noviembre de 1944, que crea el “Gran Madrid”. Posteriormente la ley de bases de régimen local como hemos dicho antes declara vigente la Ley especial de Madrid de 1.963 hasta que se dicte una nueva ley, hecho que todavía no ha ocurrido a pesar de que el Estatuto de Autonomía de Madrid preceptúa la elaboración de una Ley Especial para la Capitalidad. En 1.983 se extinguió la COPLACO y se transfirieron sus competencias a la Comunidad Autónoma de la región de Madrid. El único organismo de ámbito metropolitano es el Consorcio regional de Transporte de Madrid, creado por ley de 16 de mayo de 1.985, con el carácter de organismo autónomo dependiente de la Comunidad de Madrid, donde participa El Estado, la Comunidad de Madrid, los Municipios y Empresas Públicas y Privadas, siendo el servicio de transporte el único que puede decirse que es metropolitano en la capital de España.

Por lo que se refiere a VALENCIA la ley de 1.986 suprimió la Corporación del Gran Valencia y creó por ley 12/1986 de 3 de diciembre de 1.986 el Consell Metropolità de L’Horta, al que se ha encomendado el ciclo hidráulico, y los servicios de incendios, mataderos, transportes y su infraestructura. La ordenación urbanística y territorial del área metropolitana queda atribuida a la Comunidad Autónoma Valenciana. Posteriormente la Ley 8/1999 de 3 de diciembre suprimió el área metropolitana de L’Horta, y finalmente y como en el caso catalán, la Ley valenciana 2/2001, de 11 de mayo, vino a establecer dos áreas metropolitanas funcionales: La Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos, que comprende 45 municipios.

En la última área metropolitana creada en el régimen anterior, el área del Gran BILBAO la ley del parlamento vasco de 18 de diciembre de 1.980 la declaró extinguida y sus competencias urbanísticas se atribuyeron a los Ayuntamientos del área, mientras que las restantes competencias las asumió el Gobierno Vasco.

Todas estas entidades nacieron por imposición del gobierno central. Con la llegada de la democracia, de la aprobación de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía y su aplicación estas entidades iban a desaparecer.

Estos procesos de actividad metropolitana han ido desapareciendo por diversos motivos o en su caso han sido sustituidos por otras entidades. Con la Ley de Bases de Régimen Local, artículo 43, se ha establecido una regulación donde deja a la Comunidades Autónomas toda la problemática sobre las áreas metropolitanas, y estas han sido sensibles, pues prácticamente todos los Estatutos de Autonomía han recogido mejor o peor esta materia, aunque dejando para la configuración real de las mismas el desarrollo normativo autonómico correspondiente.

Así podemos mencionar Ley Orgánica 7/81 de 30 de diciembre que aprueba el Estatuto de Autonomía para Asturias, artículo 6, donde se recoge que podrán crearse.

Ley Orgánica 4/82 que aprueba el Estatuto de Autonomía para Murcia, artículo. 3, donde se recoge que podrán crearse áreas metropolitanas para la coordinación y gestión de los servicios públicos, así como agrupaciones territoriales para el cumplimiento de fines específicos.

La Ley 5/82 de 1 de julio, que aprueba el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, artículo 46, donde recoge que las áreas metropolitanas y agrupaciones de comarcas serán reguladas por ley de las Cortes Valencianas.

Ley 7/87 de 4 de abril (Cataluña) aprueba actuaciones públicas especiales en su conurbación y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia. Ley que deroga al Decreto-Ley 5/74 de 24 de agosto de creación de la entidad Municipal Metropolitana de Barcelona.

Ley 8/87 de 15 de abril municipal y de régimen local de Cataluña.

Ley 14/90 de 26 de julio de Reforma de la Ley 8/86 de 18 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias. Art. 7.

Ley 11/92 de 24 de noviembre de ordenación del territorio de Aragón. Art. 18. d) áreas especiales donde no menciona a las áreas metropolitanas, pueden entenderse su similitud mediante la comarcalización de los servicios necesarios.

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, recoge la posibilidad de que los municipios puedan agruparse con carácter voluntario para la gestión de servicios comunes.

Ley 9/95 de 28 de marzo de medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid.

Ley 7/96 de 10 de julio de desarrollo comarcal de Galicia, donde en su art. 2 recoge que gozan de la condición de entidades locales no territoriales las áreas metropolitanas y en Ley 5/97 de 22 de julio de administración local de Galicia.

Sin embargo lo que ha ocurrido es que el interés de las Comunidades Autónomas en afirmar su competencia en esta materia no se ha debido a un interés especial en la creación de áreas metropolitanas, sino justamente lo contrario: ostentar el monopolio regulador para no ejercerlo, o hacerlo bajo fórmulas “ligeras” y monofuncionales, o incluso simplemente para suprimir las instituciones metropolitanas preexistentes, que las Comunidades Autónomas, en el contexto de un antilocalismo de partida, concebían como potenciales competidores políticos, al igual que ocurrió con las provincias, si bien en este caso con mayor fundamento, tratándose de una institución que, en su dimensión de entidad local, ha entrado en una crisis existencial con la implantación del Estado autonómico, justificándose funcionalmente sobre todo por la acusada fragmentación de nuestro mapa municipal. Y generando un grave inframunicipalismo frente al que las Diputaciones aparecen como auxiliadoras y solícitas instituciones. (2)

3.- PRINCIPALES AREAS METROPOLITANAS EUROPEAS

En este epígrafe vamos a seguir (3) en su breve estudio sobre las principales entidades metropolitanas europeas, así:

LONDRES

La actividad británica en este aspecto como en otros tantos suele ser distinta al resto de países del continente. Así es distinto su dinero, su

lado de conducir los vehículos, su gastronomía, su Constitución, la tradición del *comon law*, etc.

Tradicionalmente las ciudades del Reino Unido no han tenido un marcado carácter metropolitano. Puede decirse que siempre ha existido una clara potenciación del gobierno Central en detrimento de los gobiernos regionales y locales. Aunque siempre se podrá decir que Londres, ha pasado desde la potenciación de su gobierno hasta la diversificación o fragmentación de su autoridad.

La atención sobre Londres desde un punto de vista metropolitano, se concentra en 1965, con la creación del Consejo del Gran Londres, que actuaba sobre aproximadamente unos ocho millones de habitantes, con un nivel inferior establecido por 32 distritos. Las competencias de este Consejo eran la planificación estratégica, la vivienda, los servicios contra incendios y las principales vías públicas más importantes. Los distritos eran responsables de los servicios sociales, las viviendas, las vías locales, las bibliotecas, las áreas de recreo y los parques.

Durante el mandato de la Sra. Thatcher, el Parlamento aprobó en 1.985 una nueva *Local Government Act* que entró en vigor el 1º de abril de 1.986. Esta Ley, inspirada en los principios de descentralización, privatización y supresión de organismos inútiles, abolió el Greater London Council y los seis Condados metropolitanos existentes (Greater Manchester, Merseyside, South Yorkshire, Tyna and Wear, West Midlands y West Yorkshire) constituyendo el marco de los actuales gobierno locales. El nuevo régimen legal se configura del siguiente modo:

- Se mantienen los Distritos (Boroughs) a los que se han transferido algunas de las funciones que eran anteriormente competencia del Greater London Council, como por ejemplo, tráfico urbano y aparcamientos, vías públicas, depósito y tratamiento de residuos sólidos.
- Se prevé la creación de asociaciones y consorcios sectoriales (Joint authorities) que sustituyen al anterior órgano unitario (Greater London Council) en todas aquellas funciones que deben ser gestionadas a escala metropolitana como transportes públicos, policía local, educación, servicios contra incendios y defensa civil.

· Se establecen dos entes corporativos dentro del área metropolitana de Londres : La Inner London Education Authority, creada por la Sección de 18 de la Local Government Act de 1.985, y a cuyo cargo están los servicios educativos de jardines de infancia, enseñanza primaria y secundaria de 12 distritos que se compone de 58 miembros elegidos por los ciudadanos; y la London Fire and Civil Defense Authority, responsable del servicio de prevención de incendios de la defensa civil, integrada por 33 miembros representantes de los distritos londinenses y elegido por ellos. (Sección 27, Local Government Act 1.985).

La desaparición de la autoridad metropolitana representada por el Greater London Council, dio lugar al desarrollo de amplias esferas de colaboración voluntaria entre distritos para el ejercicio conjunto de las funciones que sobrepasen el ámbito puramente local y necesiten ejercerse a un nivel más amplio. Su desaparición también creó problemas en la planificación territorial, la cual se dejó en manos de los Distritos de Londres.

Este esquema era muy fragmentario, y no existía un gobierno según el modelo continental, lo que hacía que se pudiera hablar de un gobierno sin centro. Esta situación significó que los barrios de Londres tenían que hacerse más cooperativos entre sí, e incluso más competitivos en el sentido de tener que innovar y modernizarse con el fin de obtener financiación adicional. Los políticos suburbanos necesariamente tenían que participar y a veces liderar las redes de políticas públicas de todo Londres. (4)

Con la llegada al poder del partido laborista se prometió restablecer el gobierno de toda la ciudad de Londres con un Alcalde elegido directamente y una Asamblea. Fue la Greater London Authority Act (Ley de la Autoridad del Gran Londres).

La autoridad del Gran Londres se compone de un Alcalde por elección directa y una Asamblea elegida de forma separada, cada uno por un periodo de cuatro años. La Autoridad del Gran Londres representa una nueva forma de gobernanza en Gran Bretaña, con una clara separación de poderes entre el Alcalde elegido directamente y una pequeña Asamblea de Londres de 25 miembros.

El Alcalde es el encargado de desarrollar las estrategias de transporte, planificación, medio ambiente (calidad del aire, contaminación acústica, tratamiento de residuos y bio – diversidad) desarrollo económico y cultural del Gran Londres.

El Alcalde es el responsable a la hora de fijar un presupuesto para la Autoridad del Gran Londres y para sus cuatro órganos funcionales: Transporte para Londres (TfL; La agencia de Desarrollo de Londres (LDA); La autoridad de Londres contra incendios y de Planificación de Empresas (LFEPA) y la Autoridad de la Policía Metropolitana (MPA).

La Asamblea de Londres ha de ser consultada por el Alcalde durante la preparación de cada una de las estrategias de la Autoridad del Gran Londres. La Asamblea considerará el presupuesto para la autoridad y para cada uno de los cuatro órganos funcionales y puede oponerse al Alcalde con una mayoría de dos tercios. La Asamblea también examinará el ejercicio de las funciones del Alcalde y promoverá investigaciones dentro de los asuntos relacionados con Londres.

Puede decirse que hay una actuación claramente estatal en todo este tipo de estructuración metropolitana, pero con un responsable político a nivel metropolitano.

PARIS

La ciudad mantiene un régimen especial a causa de la doble naturaleza de Corporación creada por la Ley de 1964, Así París es a la vez Municipio y Departamento.

Su área metropolitana es el núcleo más densamente poblado de Francia. Hoy el Municipio coincide con el Departamento de París, con 2 millones de habitantes en 41 Km². El área se extiende por la Región de “Ile – de – France, con una población aproximada a once millones de habitantes.

La gran reforma de la descentralización iniciada en 1.982 por la Ley 82-213 de 2 de marzo ha favorecido el proceso de acercamiento del estatuto de París hacia el régimen común al suprimir las tutelas adminis-

trativas del Estado sobre el gobierno de la ciudad. Ya que antes la región era sólo una división administrativa para pasar ahora a ser entidad territorial.

Los órganos de la región son el Consejo, el Presidente y el Consejo Económico y Social.

Centrados concretamente en la ciudad de París, la Ley de 31 de diciembre de 1.982 ha estructurado esta ciudad en distritos al igual que Lyon y Marsella. Determinando que además del municipio de París, el territorio de la ciudad de París sostiene una segunda colectividad territorial, el departamento de París.

La especialidad del régimen de París radica en que la mayoría de las potestades de policía siguen atribuidas desde la Revolución, a un Prefecto de policía que depende de la Administración del Estado. También mantiene competencias en materia de transportes públicos aunque en realidad menores debido a la existencia de un organismo regional especializado, la Mancomunidad de Transportes de la Ile- de – France y al monopolio de dos organismos autónomos estatales la RATP para los transportes urbanos y la SNCF para los transportes interurbanos ferroviarios (trenes de cercanías).

Aunque se presentan transferencias de competencias que benefician a los municipios en materia de urbanismo, a los departamentos en materia de asistencia social, y de enseñanza, y a las regiones en materia de formación profesional y de enseñanza en este nivel. París se configura a la vez como Departamento y como Municipio. Sus funciones se reparten entre el Consejo Municipal, el Alcalde de París y los Consejos de Distrito (arrondissement). (5)

Los asuntos del municipio y del departamento están regulados por un mismo órgano, el Consejo de París, presidido por el Alcalde. Cuando actúa como Consejo municipal se aplican las disposiciones relativas al conjunto de consejos. Por tanto su funcionamiento es idéntico al de estos.

Está compuesto por 163 Consejeros elegidos por sufragio universal y directo. En el caso de Lyon y Marsella los Consejeros son 63 y 101 respectivamente.

La Ley de 31 de diciembre de 1975 determina la aplicación a París de todas las disposiciones previstas en el código municipal. Por ello, todas las funciones administrativas se transfieren al Alcalde – Presidente del Consejo, quien ejerce también las funciones atribuidas a los Consejos Generales (departamentos). Además la Ley de 3 de marzo de 1982, establece la lista de servicios de prefectura que le corresponde por este concepto.

La Ley de 31 de diciembre de 1982, intenta conciliar las exigencias a menudo contradictorias: la democratización de la gestión local mediante la creación de nuevas instituciones representativas y el mantenimiento de la unidad del municipio bajo la autoridad del Alcalde.

Respetando los distritos municipales ya existentes, la Ley instituye los Consejos de Distrito. La fragmentación administrativa implica el establecimiento de mecanismos de coordinación y colaboración entre los distintos actores. A menudo estos adoptan la forma de consorcios monofuncionales, como es el caso de los municipios de la periferia de París para el agua, el gas, la electricidad y los cementerios.

Paralelamente a estas estructuras organizativas, se produce un juego de colisiones y conflictos político – administrativos en función de los intereses existentes. El reparto de competencias entre los diferentes niveles de gobierno acentúa la segmentación. En la práctica las competencias y las funciones están entrelazadas, los procedimientos se entrecruzan y se duplican, y las financiaciones se complementan o desaparecen. La ausencia de una autoridad metropolitana aumenta la confusión.

Esta interdependencia provoca la competencia entre las instituciones y obliga a una negociación permanente con el fin de armonizar los intereses en juego.

Como vemos existe una clara actuación estatal pero sin el nombramiento de un claro representante a nivel metropolitano, a diferencia de lo que ocurre con Londres.

FRANKFUT

Por lo que se refiere a **Alemania** se puede destacar a la ciudad de **FRANKFUT** ya que se ha creado un órgano de gobierno de carácter asociativo entre la ciudad y su territorio circundante: La Asociación del Área circundante de Frankfurt, (Umlandverband Frankfurt) creada por una Ley del Estado de Hesse, de 1.974 y modificada, posteriormente, por otra de 26 de octubre de 1.976.

El área metropolitana de Frankfurt, se organiza en dos niveles:

- a) Los municipios que constituyen el nivel de representación directa de los ciudadanos.
- b) La asociación del área metropolitana de Frankfurt, formada por los municipios, la cual tiene la naturaleza de consorcio polifuncional con algunas características propias de los entes locales en su esquema organizativo.

La asociación se estructura en tres órganos diferentes:

- Una Asamblea (Verbandstag)
- Una Cámara de los Municipios (Gemeindekammer)
- Una Junta (Verbandsausschuss)

La Asamblea es el órgano deliberante que consta de 105 miembros Electivos. El cargo de consejero de la asociación es incompatible con el de concejal.

Las competencias de la asamblea alcanzan a la mayoría de las atribuciones reconocidas a la asociación, y puede delegar algunas funciones en subcomités constituidos en su seno o bien en la Junta. Para garantizar la tutela de los municipios más pequeños, un quinto de los miembros de la Asamblea puede oponerse a los acuerdos de ésta que sean contrarios a los intereses de uno solo de ellos.

La Cámara de los municipios es también un órgano deliberante, cuya función principal es aprobar el plan de ordenación del territorio. El consejo se compone de 43 miembros, es decir, un representante por cada municipio asociado, elegido por el respectivo Ayuntamiento.

La Junta es el órgano ejecutivo. Esta formada por el Director de la Asociación (Verbandsdirektort) cinco Asesores (Stellvertreter), como máximo y cuatro Auxiliares, todos elegidos por la Asamblea. Se ocupan de la ordinaria administración y asisten a las sesiones de la Asamblea. Son especialmente importantes las funciones ejecutivas del Director, que dirige y controla la actividad de la Junta y distribuye las funciones entre sus componentes.

La elaboración y, en su caso, la revisión del plan de ordenación del territorio, que correspondía a los Municipios, ha sido transferida a la Asociación. Tienen, asimismo, particular relieve el plan de protección ambiental y el plan de tráfico. Este último incide también en el plan de transporte público interurbano de corta distancia, del que se ocupa principalmente la Unión de Transporte de Frankfurt.

La Ley de 1.974 no incluye una lista exhaustiva de competencias, sino que atribuye a la Asociación del área metropolitana de Frankfurt la facultad de hacerse cargo de cualquier otra función que le deleguen los municipios.

En este caso no es una norma estatal, sino de uno de los Länder, que ha establecido una estructura metropolitana, con cierta autonomía respecto a los poderes centrales.

4. – CONCEPTO

No existe un concepto único de área metropolitana ni en el plano jurídico, ni en el económico, ni en el geográfico, ni en el psicológico. Lo único cierto es que todas estas visiones no están retratadas por un mismo fotógrafo, sino al contrario cada uno tiene sus características específicas. Aunque la denominación de área metropolitana se aplica normalmente a aglomeraciones urbanas, (6) sin embargo no toda concentración de población en un ámbito territorial ha de incluirse en dicha denominación.

La Comisión de la Unión Europea afirma que (7) con la globalización de las economías y los mercados, ha quedado definitivamente

superada la época en que era posible dividir la industria y el espacio geográfico en zonas bien delimitadas y relativamente independientes entre sí.

La existencia de lo que podemos entender como áreas metropolitanas es algo que nos resulta patente, como espacio territorial con fuerte presencia de densidad poblacional, donde existen diversos núcleos de población o bien uno grande y varios menores o bien varios de cierta importancia, municipios que entre ellos tienen ciertos elementos de interrelación. Como señala (8) El área metropolitana como tal es una denominación, que desde el punto de vista del derecho queda reservada a aquellos supuestos en los que ese ámbito territorial abarca a varios términos municipales cuyos límites, en apariencia, parecen haber desaparecido y entre los que existen fuertes vinculaciones económicas y sociales.

Desde un punto de vista jurídico la ley define a las áreas metropolitanas como entidades locales (9) de segundo grado, ya que las de primer grado quedan recogidas en el párrafo primero de este artículo tres de la Ley de bases de régimen local, y además de ser reconocidas por la Constitución, son: el municipio, la provincia y la isla.

Las áreas metropolitanas, quedan definidas como entidades locales integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras. Como puede observarse en esta primera aproximación de lo que son las áreas metropolitanas el legislador estatal (10) prima más la preocupación por delimitar las características del espacio que sirve de sustrato a una entidad de este género que el interés por la caracterización concreta de esta fórmula de organización administrativa supramunicipal.

Por su parte la norma andaluza define a las áreas metropolitanas como entidades locales supramunicipales con personalidad jurídica propia o plena capacidad para el ejercicio de sus competencias, integradas por municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vínculos urbanísticos, económicos y sociales, que se

constituyen como división territorial óptima para la planificación conjunta y la gestión coordinada de determinadas obras y servicios.

Como puede observarse lo mismo ocurre con la norma andaluza donde más que preocuparse por la caracterización de lo que es el área metropolitana, se preocupa primero de su caracterización territorial, aunque esta norma adiciona un elemento más y es que determina la posibilidad de encontrar dos tipos en entes metropolitanos uno donde la unión se produzca por vínculos urbanísticos, económicos y sociales, donde se produzca una planificación conjunta óptima, y otra la posibilidad de ser un cauce idóneo para la prestación de obras o servicios municipales en el área.

Pero en cualquier caso, de lo dicho más arriba, se puede considerar a las áreas metropolitanas como un nuevo tipo de entidad local distinta a las de primera clase o territoriales, siendo este ente local un organismo con personalidad jurídica propia y regido por el Derecho Administrativo. Y, como veremos más adelante, es un ente local dotado de una serie de características propias, dado que aún a pesar de estar constituido por la aglomeración de varios municipios con una serie de problemas similares, lo cierto es que su funcionamiento y creación no responde al propio carácter asociativo (que sin embargo tienen otros entes locales, por ejemplo, consorcios o mancomunidades) sino que gozan de la característica de la obligación en cuanto a su funcionamiento y creación de una ley de carácter autonómico, dato de obligatoriedad de funcionamiento y constitución que dota a este tipo de administración de una singularidad propia y diferencia, de otro tipo de entidades locales.

Esto ha hecho que según el registro de entidades locales, el número de mancomunidades o consorcios es mayor que el de áreas metropolitanas. No se crean áreas metropolitanas actualmente, según el registro de entidades locales del MAP sólo existen cuatro (dos en Cataluña -Entitat Metropolitana del Transport y Entitat Metropolitana de Serveis Hidraulics i Tractament de Residus; y dos en la Comunidad Valenciana -Entidad Metropolitana para el Tratamiento del Residuos y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos).

Por otro lado debemos de mencionar la Ley de Modernización del Gobierno Local, Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, norma que regula el régimen de las grandes ciudades tal y como lo recoge en su artículo 121 y siguientes. Ahora bien tal y como hemos dicho más arriba esta regulación se ocupa de definir lo que en España pasa a ser una gran ciudad. Este tipo de municipios va a pasar a tener un régimen jurídico, organizativo y funcional distinto del resto, abandonando el clásico uniformismo hasta ahora reinante. Pero a pesar de este intento sigue la norma sin dar una solución a las áreas metropolitanas, cuestión que como sabemos no corresponde al Estado sino a cada Comunidad Autónoma.

Por tanto, será adecuado tratar ahora las características de las áreas metropolitanas como entidad local distinta a la Gran Ciudad. Entendidas las áreas metropolitanas como una forma específica de intermunicipalidad para el desarrollo de un territorio metropolitano.

5. - CARACTERISTICAS

El carácter de ente local territorial podrá ser otorgado por la Ley autonómica, conforme al art. 4.2 de la LRBRL y es de destacar que sólo la Corporación Metropolitana de Barcelona tenía reconocida antes de su desaparición (11) todas y cada una de las potestades enumeradas en el art. 4.1 de la LRBRL, como propias de las entidades territoriales.

La actuación más común por la que se inicia la creación de un área metropolitana es la intención de aglutinar y coordinar actuaciones conjuntas de varias administraciones en un esfuerzo racionalizador de actividades de distintas administraciones, intentado crear un ente que catalice y sirva de motor a ese esfuerzo común. Desde este punto de vista podemos encontrar varias formas de presencia de la actividad metropolitana y así pueden existir zonas donde exista una gran ciudad con varios núcleos de población que son satélites de esta o bien cabe la posibilidad de encontrar varias grandes ciudades dentro de una unidad territorial más o menos extensa que sea el de la gran ciudad en el primer caso o bien el territorio en el segundo el elemento aglutinador de la necesidad de establecer una serie de servicios comunes.

Sin embargo la característica que pretendo destacar es si las áreas metropolitanas son entidades locales de base territorial o de base institucional. Algo que la ley de bases de régimen local no deja claro y que de forma aún más imprecisa recogen las normas autonómicas. Así podemos encontrar varias opiniones sobre una forma u otra de organización y actuación por ejemplo desde un punto de vista territorial podemos citar a (12).

En cuanto a la posibilidad de encontrar áreas metropolitanas cuya base sea de carácter institucional podemos citar a (13)

Una Administración territorial es titular de un conjunto de competencias propias y genéricas que son puestas por la ley en su seno para la satisfacción de los intereses generales a los que deben de dar respuesta. Así recogen un conjunto de potestades como la expropiatoria, la tributaria, etc que hacen posible la satisfacción de los intereses generales.

Por lo que se refiere a una administración de base institucional no pretende la satisfacción de intereses generales sino de intereses específicos, que se producen dentro de las actuaciones de otras administraciones territoriales. En este sentido se expresa el art. 2 de la Ley de Administración Local de Galicia.(14)

Y el problema fundamental, se centra en que la ley de bases no ha determinado de forma clara la base territorial o institucional de este tipo de entidades locales que son las áreas metropolitanas. Se agrava aún más al ser esta norma tan amplia, y dejar que sean las propias normas de las Comunidades Autónomas las que van a fijar el carácter con que se van a configurar las posibles áreas metropolitanas que constituyan. Por lo que habrá que analizar cada ley autonómica para que se conozca, si la entidad tiene base territorial o institucional, respondiendo en uno u otro caso a las necesidades que se planteen en cada zona.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril LRBRL las áreas metropolitanas, habría que considerarlas como entes locales no territoriales, dado que no se encuentran en el párrafo primero del citado artículo.

Lo importante en todo caso será reconocer que existen grandes zonas urbanas que es necesario articular como territorios coherentes, para la adecuada prestación de los servicios que demanda la ciudadanía, intentando encontrar una integración espacial, social e institucional.

6. – PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

6.1. – FORMACION GEOGRÁFICA

La actividad metropolitana es la característica que mejor define la actividad urbana y la actuación de los asentamientos humanos en el presente siglo. El aumento de la población en las ciudades unido a un área de territorio más o menos extensa donde esta población se extiende produce un nuevo fenómeno, con sus correspondientes problemas de todo tipo donde la técnica normativa nos indica que puede hablarse de actuación metropolitana, porque el conjunto de problemas que de esta aglomeración se produce no se queda sólo determinado al ámbito geográfico de una sola ciudad sino que se extiende a un conjunto mayor de varias poblaciones. Así (15) el hecho metropolitano trocuela una nueva realidad bien diferenciada del espacio urbano tradicional de la ciudad cerrada. Y en esa transformación hacia la ciudad abierta conforma un nuevo espacio de convivencia humana que requiere respuestas organizatorias concretas adaptadas a esa singular sustantividad del espacio social, económico y administrativo que denominaremos “área metropolitana”. Sin embargo, debemos rechazar la idea de alguna manera establecida por el legislador donde el municipio tiene una población que con el paso del tiempo va ampliándose, con lo que los problemas de la zona deben contar con soluciones legales al efecto. Pero este hecho no se adecua igual de bien a todas las zonas de España: no responde, por ejemplo a Galicia, ni a muchas zonas del litoral mediterráneo (16).

Por ello, debemos partir de la idea que la definición de ciudad debe seguirse en lo que se denomina “ciudad abierta” la cual “no viene determinada por la continuidad de las construcciones, o aglomeración de personas por territorio, sino por la existencia de una red de comunicaciones y de unos medios de transporte que aseguran día a día y hora a hora las interrelaciones propias de todo asentamiento urbano” (17), por lo que es normal que este espacio requiera un tratamiento organizatorio distinto a los esquemas tradicionales del municipalismo.

6.2. – CONSTITUCION NORMATIVA

Es de nuevo el artículo 43 de la ley de bases el que se ocupa de establecer el procedimiento que se debe seguir para la creación, (modificación y supresión), de las áreas metropolitanas indicando que el mismo debe ser mediante ley, es decir, mediante norma aprobada en la Asamblea Legislativa de cada Comunidad Autónoma, en nuestro caso en el Parlamento de Andalucía, requisito de mayor rigor para otro tipo de entidades que agrupen a varios municipios como es el caso de las mancomunidades. Por lo que podemos hablar de una materia reservada a la ley, en este caso una ley de carácter autonómico, artículo 43 1 de la LRBRL “Sólo mediante ley podrán crearse áreas metropolitanas”.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento, el artículo 43 establece que son las Comunidades Autónomas las encargadas de la creación (modificación y supresión) de estas entidades locales, previa audiencia de varias administraciones como es la del Estado, los Ayuntamientos y Diputaciones afectados. Y en este sentido debemos indicar que la ley estatal no dice como se produce este trámite de audiencia, ni tampoco la norma autonómica y parece que no tiene mucho sentido que una competencia que la propia norma estatal, ley de bases atribuye a la Administración Autonómica para que mediante ley puedan crearse las entidades locales (áreas metropolitanas que considere necesarias y adecuadas) tenga que oír a la Administración del Estado, ¿quiere ello decir que esta Administración (la del Estado) puede negarse a llevar a cabo este tipo de entidades donde la propia regulación de régimen local deja carta libre a las Comunidades Autónomas? Parece un contrasentido.

Tampoco parece razonable que una Comunidad Autónoma vaya a crear un área metropolitana sin la voluntad de los Ayuntamientos afectados, porque no olvidemos que en la creación de este tipo de entidades existe un contenido de voluntariedad en cuanto que varios municipios y varias aglomeraciones a la vista de que existen problemas comunes, se pongan de acuerdo para acometer tareas conjuntas de planificación y de coordinación en varias actividades y servicios. Pero de la misma forma en el caso de la disolución sería un contrasentido que si las entidades locales pertenecientes a este tipo de entidades no quisiera seguir dentro de la

misma la obligación legal de su existencia estaría presente pero la efectividad de la medida sería muy débil. Y quizás sea este el grave problema que planea sobre las áreas metropolitanas y el poco futuro de las mismas salvo contadas excepciones; son importantes límites que se sitúan sobre estas con la falta de operatividad que esto produce y donde el principal protagonista del proceso (los ayuntamientos afectados) son meros invitados que solo tienen audiencia, cuando deben ser los motores del proceso. Este procedimiento si ha seguido la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias, o de Galicia. (18) Y que, sin embargo, no ocurre en la norma Andaluza.

Así la audiencia de los municipios es un trámite muy importante e imprescindible y su realización puede dar lugar a importantes consecuencias, así lo indica la doctrina cuando(18 bis) puede influir en la forma en que la Administración metropolitana vaya a incidir sobre los núcleos competencias locales de los municipios que lo puedan formar. Así en los supuestos en los que se prevea un trasvase a favor del área metropolitana de alguna de las facultades que integra el núcleo mínimo e irreductible de la autonomía local, la conformidad de estas Administraciones deviene absolutamente imprescindible.

Por el contrario, en aquellos casos en los que el proceso de reasignación del poder resultante en el área metropolitana no suponga, aun afectando a los ámbitos competenciales locales, alteración de sus contenidos mínimos debe prevalecer el criterio contrario: la indiferencia del sentido del informe municipal. En cualquier caso el trámite de audiencia es imprescindible dado que así lo establece el art. 43 de la ley de bases.

Por esto, para que funcione el área metropolitana lo correcto será abandonar la idea de la supramunicipalidad entendida como imposición jerárquica que parece prevalecer en este tipo de entidades locales por la idea de la inter-municipalidad entendida como colaboración entre iguales, (así podemos ver(19)) donde se proceda a una actuación donde las entidades locales, municipios, sean los verdaderos motores de la creación de la propia entidad local, área metropolitanas.

Y en esta misma línea, 20 años después, se manifiesta el Ministerio de Administraciones Públicas, en el "Libro Blanco para la refor-

ma del Gobierno Local en España”, julio de 2005., donde en sus páginas 93 y 94, recoge que “ Las grandes conurbaciones, singularmente, exigen a la vez la coordinación de todos los actores territoriales que inciden en ellas, y la articulación de todas las políticas sectoriales que las afectan, para lograr las sinergias necesarias y avanzar por la senda de la cohesión territorial y social. A estos efectos, se considera que procede la introducción en la legislación básica del régimen local de los “convenios metropolitanos”, como instrumentos voluntarios flexibles de colaboración entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las áreas metropolitanas institucionales – o los municipios de las áreas metropolitanas funciones -, con la finalidad de desarrollar un proyecto metropolitano común mediante la planificación de las inversiones y la coordinación de las grandes políticas públicas que afectan a la metópoli: planeamiento urbanístico, grandes infraestructuras de transporte, movilidad, vivienda, medio ambiente (incluyendo los ciclos hidráulico y de los residuos), seguridad ciudadana, desarrollo económico local.....”.

Aunque sin olvidar, por otra parte, que esa entidad no puede desconocer, como ha ocurrido en otras Comunidades Autonómicas donde se han creado consorcios, por ejemplo el caso de Asturias, (20) o en el caso de Granada, donde existen varios consorcios como el de Residuos sólidos urbanos, cuyo promotor es la Diputación y la Junta de Andalucía, el Consorcio para la extinción de incendios. El Consorcio de transportes. El Consorcio de Agricultura Ecológica. El consorcio la Vega-Sierra Elvira que agrupa a prácticamente todos los pueblos del área metropolitana de la Vega, hacen que se deba buscar una solución institucional dado que si se sigue por este camino de formación continua de organismos especializados funcionalmente se puede llegar a una situación de dispersión de competencias que no resulta recomendable y puede agravar aún más los problemas de coordinación.

Porque la proliferación de organismos autónomos funcionalmente especializados puede llevar en la práctica a una situación en la que la falta de la debida responsabilidad democrática de quienes toman las decisiones con respecto al funcionamiento de los principales servicios, produzca actuaciones sin una adecuada coordinación, con la consiguiente duplicación en el gasto.

7. – RÉGIMEN JURÍDICO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 7/85, las áreas metropolitanas son entidades locales integradas por municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios, actividades y obras.

Sin embargo aunque parezca que la iniciativa para la creación de este tipo de entidades pueda pertenecer a los municipios afectados, la iniciativa corresponde, al ser necesaria la existencia de una ley autonómica a quienes ostentan la iniciativa legislativa, que como es normal será del Gobierno autonómico, de los grupos parlamentarios o bien a otras instancias dependiendo de los reglamentos de las correspondientes cámaras legislativas

Por lo que se refiere a Andalucía, el artículo 44 establece que mediante ley se procederá a la creación, modificación o supresión de estas entidades, de nuevo la audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones interesadas. Como podemos ver repite este artículo la necesidad de dar audiencia a las mismas administraciones, pero con un pequeño cambio y es que mientras que en la ley de Bases habla de Diputaciones afectadas, en el caso andaluz se refiere a Diputaciones interesadas y puede ello significar que mientras en la ley de base es necesario que intervengan las diputaciones con un grado de obligatoriedad mayor, en el caso andaluz esta necesidad es menor en cuanto se refiere a diputaciones interesadas, con lo que el grado de participación parece de menor trascendencia.

Por lo que se refiere a su funcionamiento en el área metropolitana será la ley de cada Comunidad Autónoma la que fije los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los municipios integrados en el área(21). En estos órganos estarán representados los entes locales afectados y que como la ley andaluza exige un elemento mínimo en cuanto a unos órganos como es el consejo metropolitana y el presidente (22).

Por otra parte en cuanto al funcionamiento la ley de bases fija la participación de todos los municipios integrados en el área metropolitana, interviniendo todos en las decisiones que deban de ser adoptadas en el área metropolitana. Si todos deben participar todos deberán de aportar los fondos económicos necesarios para el adecuado funcionamiento de la entidad así como el necesario reparto de cargas económicas que puedan producirse en el funcionamiento de esta entidad local.

En cuanto al funcionamiento del área metropolitana dependerá fundamentalmente de la norma de creación por parte de la Comunidad Autónoma respectiva, además del reglamento de organización y funcionamiento que pueda aprobar el área metropolitana.

Por lo que se refiere a que órganos deben estar presentes en un área metropolitana, podemos establecer la presencia de un órgano colegiado y un órgano unipersonal, tal y como ha recogido la ley andaluza, y lo confirma la ley catalana. Sin embargo es la ley de administración local de Galicia la que da una idea más completa sobre cuales son los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas (23) ya que no sólo se refiere a un órgano colegiado de carácter superior como puede ser el consejo metropolitano, sino que además establece la existencia de una comisión de gobierno, un director general y un delegado de la Xunta de Galicia.

Así mismo esta ley ha venido a completar la posibilidad de establecer una organización complementaria con la creación de un comité de cooperación y los órganos de participación sectorial que crea conveniente establecer el área metropolitana.

Lo normal es que el consejo metropolitano sea el órgano donde estén representadas todas las corporaciones locales afectadas, en lógica proporción a sus respectivas poblaciones. Existen algunos ejemplos de cómo puede estar constituido un Consejo metropolitano en el caso del antiguo Consell Metropolità de L'Horta su art. 6 nos indicaba que queda integrado por el alcalde o concejal en quien delegue, de cada uno de los municipios que lo componen, teniendo cada uno de ellos un número de votos en función de un baremo:

- De hasta 1.000 habitantes un voto.
- De 1.001 a 5000 habitantes dos votos
- De 5.001 a 20.000 habitantes 6 votos.
- De 20.001 a 50.000 habitantes, 17 votos.
- De 50.001 a 100.000 habitantes, 28 votos
- De más 100.000 habitantes, 264 votos.

Según la norma catalana de 4 de abril de 1.987, se establece que su Consejo Metropolitano, artículo 202, estará compuesto por representantes de los municipios comprendidos y de acuerdo con el siguiente esquema: el municipio de Barcelona tendrá 11 representantes, los municipios de más de cien mil habitantes tres representantes cada uno; el resto de municipios, uno.

También será necesario para un adecuado funcionamiento, que además del Consejo Metropolitano exista un órgano de gestión como puede ser una Comisión Permanente o de Gobierno, pudiendo estar compuesta por un tercio de los miembros del anterior órgano; tal y como ocurre en las entidades locales territoriales, ayuntamientos y diputaciones.

En cuanto a la existencia de órganos unipersonales, y para la gestión cotidiana debe recaer sobre un Presidente, aunque, la existencia de este puede precisar además la de un gerente u órgano similar tal y como indica el art. 123 de la ley de administración local de Galicia.

Por último y dentro del principio de la potestad de autoorganización del área metropolitana cabrá establecer aquellos órganos que se crean necesarios como ocurría en la Corporación Metropolitana de Barcelona, que aunque no estaba creado mediante ley existía un Consejo de Alcaldes, en el que tenían asiento todos los responsables de los municipios afectados.

Además existe de la posibilidad de crear otros órganos como es el caso de Galicia donde se pueden establecer comités de cooperación o bien órganos de participación sectorial para un mejor y más adecuado conocimiento y tratamiento de las actividades que deben llevar a cabo el área metropolitana.

8. – COMPETENCIAS

Desde un punto de vista general, las áreas metropolitanas como entidades locales pretenden la satisfacción de los intereses que le son propios, dentro del espacio al que por definición quedan establecidas y que se refiere a un conjunto de municipios relacionados por el efecto de una gran aglomeración urbana. Así se pretende que las áreas metropolitanas cuenten con una serie de competencias que satisfagan las necesidades comunes y la prestación de servicios de interés común a los municipios que la integran.

Por tanto, podríamos recoger aquí lo establecido en el art. 2 de la Ley de Bases de Régimen Local, donde para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución de constitucional de competencias deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

En primer lugar y desde un punto de vista legal la ley de bases (24) habla de forma general de servicios y obras de prestación o realización metropolitana, obras y servicios que habrán de ser determinados materialmente por ley autonómica.

Así la ley de régimen local de una parte deja que sean las normas de las Comunidades Autónomas las que determinen el ámbito competencial concreto de las áreas metropolitanas, por lo que la ley de creación de este tipo de entidad local será determinante a la hora de conocer y de fijar las competencias que tengan. Lo cierto es que serán sobre dos elementos principales sobre los que habrá de fijarse la competencia y actividad del área metropolitana, la prestación de servicios y obras en el ámbito territorial propio del área metropolitana.

De lo anterior se puede decir, en primer lugar, que la ley de bases recoge una falta total de atribuciones a favor de los órganos que conforman las áreas metropolitanas. A diferencia de lo que ocurre con las entidades locales territoriales o de primer orden, los municipios, y las provincias, donde se recoge de forma clara y explícita cuales son las competencias mínimas que deben ser desarrolladas y los órganos que necesariamente deben ostentarlas, en el caso de las áreas metropolitanas no se fija cuales son esas competencias.

En este sentido debemos acudir a la jurisprudencia constitucional(25) y recoger: que “se trata, en consecuencia, de unas Entidades con un alto grado de “interiorización” autonómica, por lo que, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen. Corresponde, pues, en exclusiva a las Comunidades Autónomas determinar y fijar las competencias de las Entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales. Asignación de competencias que, evidentemente, conllevará una redistribución, si bien con el límite de que esa reordenación no podrá afectar al contenido competencial mínimo, a estas últimas garantizado como imperativo de la autonomía local que la Constitución le reconoce, garantía institucional que, sin embargo, no alcanza a las Entidades territoriales de ámbito inferior al municipio”.

Parece evidente que un problema difícil que tiene que resolver este tipo de entidades metropolitanas es la atribución de competencias dado el alto número de administraciones que existen en nuestro país sobre un mismo territorio. Además, como recoge la propia sentencia, la necesidad a ultranza del respeto de la garantía institucional de que gozan las entidades locales territoriales o de primer orden, lo que hace complicada la distribución de competencias.

Parece que la norma estatal intenta distinguir, dentro de las competencias, aquellas materias que se refieren a las obras y servicios de otras funciones administrativas, dentro de las que debe primar la planificación y coordinación e implícitamente las de inspección y control sobre las mismas.

Por otra parte, en cuanto a las obras y servicios de interés metropolitano puede ser originariamente dado el carácter potestativo de las áreas metropolitanas de competencia municipal, provincial, de la propia Comunidad Autónoma o incluso de la Administración del Estado.

Dentro de las competencias de las áreas metropolitanas, éstas pueden ser de varias clases, tal y como recoge el artículo 7 de la LRBRL. Pueden ser propias o delegadas, y dentro de estas últimas cabe la posibilidad de que la delegación la puedan hacer los Municipios afectados, la Provincia, la propia Comunidad Autónoma o el mismo Estado. Y a su vez, cabe la posibilidad de que no se deleguen competencias en materias completas sino que cabrá la posibilidad de que se entreguen competencias sobre tramos concretos de poder sobre cada una de las posibles materias.

Las competencias propias serán aquellas que se establezcan en su ley de creación por la Comunidad Autónoma respectiva.

Por otra parte, debemos recoger aquí la posibilidad de encontrar áreas metropolitanas donde las competencias sean las propias de cualquier ente territorial con las limitaciones propias, mientras que podamos encontrar áreas metropolitanas donde la actuación sea más propia de un ente institucional, con mayores limitaciones si cabe que los anteriores y ejemplos de cada uno de estos modelos los podemos encontrar, en el primer caso en el Consell Metropolità de la L`Horta , creado por ley de la Comunidad Valencia de fecha 31 de diciembre de 1.986, como entidad local determinada por la agrupación de municipios, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y en su articulado se recoge (26) “como finalidades generales la planificación conjunta y la gestión supramunicipal en las materias de su competencia”. Ente hoy derogado como ya hemos indicado más arriba.

O bien podemos encontrar entes con finalidades específicas y con naturaleza institucional, a los que las leyes de creación de la correspondiente comunidad autónoma les confiera un conjunto de potestades necesarias para el cumplimiento de sus fines. En este sentido podemos destacar la situación creada en Cataluña por la Ley 7/87, de 4 de abril de actuaciones públicas especiales en su conurbación y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia, donde deroga el área

metropolitana de Barcelona y crea dos entidades distintas “la entidad metropolitana del Transporte y la entidad metropolitana de Servicios Hidráulicos y Residuos Sólidos, entidades que dado el contenido de sus competencias, tanto en transportes como en residuos sólidos precisan del apoyo y presencia de la Generalidad de Cataluña, lo cual, hace pensar en que para que este tipo de entidades puedan funcionar necesariamente deben estar apoyadas por la Comunidad Autónoma correspondiente. Por esto para su vital existencia precisan la de otra Administración, como es el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Por tanto, caben dos procedimientos para asignar competencias a las áreas metropolitanas, bien a través de su ley de creación, que serían las competencias propias o bien a través de la delegación que serían competencias delegadas. Y por su puesto sin perjuicio de la encomiendas de gestión que puedan establecer a través de convenios de colaboración entre las partes.

Las primeras serán las que esta entidad local tenga porque así hayan quedado asignadas por su ley de creación y por tanto sólo serán de su titularidad. Por otra parte serán competencias delegadas aquellas cuya titularidad sea de otra Administración distinta al área metropolitana, pero que en virtud del ordenamiento jurídico sea posible que se ejerza por esta.

En cualquier caso sea de un tipo o de otro las competencias del área metropolitana pueden ser bajo el criterio general de la prestación de obras o servicios alguna de las siguientes:

- En cuanto a las obras cabría la posibilidad de establecer un conjunto de obras necesarias para el ámbito territorial que forman la entidad local.
- En cuanto a servicios, cabría destacar desde la actividad propia de planificación y gestión urbanística, pasando por las actividades del ciclo integral del agua (abastecimiento de agua, depuración, tratamiento, eliminación de aguas residuales, etc.
- También podríamos mencionar otro tipo de servicios que podrían ser necesarios mercados centrales, mataderos, transportes, servicios contra incendios, etc.

Por lo que se refiere a la zona metropolitana de Granada, donde se pretende la actuación conjunta para solucionar el problema que se plantea en la zona cercana a la capital, se realizó en enero de 1.994, por el Parlamento de Andalucía la aprobación de la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía en la que se regulan los distintos Planes para su desarrollo en la Comunidad Autónoma. En mayo del mismo año, el Consejo de gobierno de la Junta de Andalucía acordó iniciar la redacción de varios planes de ámbito subregional, entre los que se encuentra el Plan de Ordenación del territorio de la aglomeración urbana de Granada. En el citado acuerdo, se estableció que como documento preparatorio, se formularan las Bases, Objetivos y Estrategias que deberían orientar las propuestas del Plan. Estas han sido aprobadas por más de los treinta municipios que la forman, una de las más grandes y extensas de todos los planes de ordenación del territorio de aglomeraciones urbanas en marcha en Andalucía.

Este proceso iniciado en la zona de la vega de Granada se ha dado por la aglomeración urbana producida sobre todo en los últimos diez años. En este período se puede decir que se ha creado un mercado único de viviendas, se ha integrado un mercado de trabajo para la zona, se comparten servicios y dotaciones y se ha generado una movilidad diaria intermunicipal propia de un sistema urbano de funcionamiento unitario.

En este momento se estudian diversos aspectos del citado plan, divididos en determinados sistemas de actuación como son: sistema físico-ambiental, sistema estructural, sistema urbano, sistema dotacional y de servicios y por último el sistema productivo. Por el momento la fase de formación de un área metropolitana para la zona de la capital se encuentra en fase de estudio y formación. Pero puede decirse que no se aborda la actuación del área desde un simple aspecto como pueda ser el urbanístico, sino que desde el propio plan de ordenación se pretenden conocer las estrategias de actuación en diversos aspectos generales como pueda ser el sistema de comunicaciones (red viaria, ferroviaria, sistema de transportes), el ciclo integral del agua, recogida de residuos sólidos urbanos, sistema de abastecimiento de energía, sistema de abastecimiento de energía (corredores de tendido eléctrico, subestaciones, red de gas natural, etc. etc.) Por lo que puede decirse que la realidad de este

hecho social que constituye el área o centro territorial donde se dan esta serie de comunicaciones e interrelaciones entre municipios y personas e instituciones se ha producido antes que la norma pretende darle cobertura. Aunque no por ello debemos negar su existencia sino aplaudirla porque sin duda pretenderá racionalizar todos los esfuerzos que desde cada uno de los municipios puedan realizarse. O por lo menos este es el deseo que todos tenemos.

Sin embargo al no contar con el ente institucional donde se encuentren representadas todas las administraciones interesadas resulta que todos los impulsos son ejercidos desde la Administración autonómica (o desde algunos Ayuntamientos limítrofes, mediante por ejemplo la prestación del servicio de agua potable por la capital, o la extensión de algunos autobuses urbanos propios de la capital que se desplazan a esos municipios limítrofes) única responsable de la creación del área metropolitana.

Y a pesar de todo lo dicho, y de la responsabilidad de la Administración autonómica, esta no crea estas instituciones por cuanto supondría una pérdida de poder por parte de la administración autonómica lo que sin duda hace que no exista hasta el momento ninguna área metropolitana en Andalucía.

9.- CONCLUSIONES

Primero.- Que las áreas metropolitanas se asientan sobre un espacio territorial con fuerte presencia de una densidad de población, donde existen varios núcleos más o menos grandes, y donde se da necesariamente una fuerte relación de vinculaciones económicas y sociales entre ellos.

Segundo.- Este hecho constatado en primer lugar por esa realidad pasa por tener una plasmación jurídica, entendida como la creación de un tipo de ente que gestione de forma racional la prestación de servicios comunes que esas relaciones económicas y sociales de todo tipo se producen entre varios municipios que forman el área de influencia y que luego jurídicamente se denomina como área metropolitana, por lo que la

norma en este caso como en muchos otros en el mundo administrativo aparece para dar respuesta a necesidades sociales ya existentes.

Tercero.- Puede decirse que el nacimiento de un área metropolitana se debe a un intento por racionalizar las estructuras administrativas y sobre todo la prestación de servicios que estas pueden prestar de forma más racional, con una organización de recursos y una mejora de dación de actividades.

Cuarto.- Las áreas metropolitanas entendidas como prestadoras de servicios a la población deberían tener una base institucional, propia de este tipo de entes dado que la base territorial prestadora de todo tipo de actividades se hace difícil dado por otra parte el hecho de que la base territorial está ocupada por el resto de administraciones públicas territoriales que son la Administración del Estado, la de la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales, por lo que el juego territorial de este nuevo tipo de entes se hace muy complicado. La solución para su adecuado funcionamiento pasa por una entidad de base institucional. Pero el miedo a esa posible independencia del nuevo ente hace que su creación sea difícil.

Quinto.- La iniciativa de creación de las áreas metropolitanas dada la poca regulación de la ley de bases corresponde a la ley autonómica, pero entendiendo que para el funcionamiento del área metropolitana se hace necesaria la adecuada participación de los municipios afectados. De poco serviría para el funcionamiento posterior del ente local, que un municipio estuviese dentro de un área metropolitana en contra de sus propios intereses. Y ejemplos de esta forma de crear entidades metropolitanas fuera de las necesidades reales de los mismos han existido con la creación de las áreas metropolitanas existentes al amparo de normas anteriores, que con la llegada de las comunidades autonómicas, han desaparecido en su totalidad.

Sexto.- Aunque la realidad tanto geográfica, como legal de las áreas metropolitanas parece un hecho constatable, lo cierto es que su existencia real brilla por su ausencia. Es cierto que existe la previsión legal en la Ley de bases de régimen local, como entidad local del artículo 3 y que el proceso de creación está regulado en el artículo 43 de la

misma ley. Es cierto que las leyes de las Comunidades Autónomas han recogido al área metropolitana como un ente organizativo en su estructura territorial ya que prácticamente la mayoría lo recogen en sus leyes autonómicas. Sin embargo lo cierto es que en estos últimos 25 años de gobierno local, no han proliferado este tipo de entes, todo lo contrario el panorama es que han desaparecido los que existían.

Luego puede decirse que en España las áreas metropolitanas han sido un auténtico fracaso, de ahí que las próximas líneas de acción política que se prevén para el futuro inmediato pasen por los denominados “convenios metropolitanos” para intentar que desde una actuación asociativa de los municipios afectados puedan estas entidades locales existir. La otra solución que parece atisbarse para estos entes es acudir a la implicación de la Administración del Estado para que nos ayude, en la creación y funcionamiento de las áreas metropolitanas, aunque el esquema legal de estas sea una clara competencia interiorizada, según el propio Tribunal Constitucional, de las Comunidades Autónomas.

Séptimo.- Una vez creada la entidad metropolitana se debe asegurar el adecuado funcionamiento de la misma con el respeto en sus órganos de los municipios afectados, donde necesariamente se debe encontrar adecuadamente ponderados los votos de cada uno de ellos en relación a la población de los mismos. Pero entendemos que aunque la ley no lo diga será necesaria la participación en un órgano complementario y la presencia de un órgano con todos los alcaldes representantes de todos los municipios.

Porque no olvidemos que el alcalde es el órgano con mayor poder de cada municipio y entendemos que para el adecuado funcionamiento del área metropolitana que al fin y al cabo funciona por el conjunto de los municipios afectados, se hace necesaria la presencia de los máximos responsables de estos.

Y por supuesto, sin olvidarnos claro, de la necesaria aportación económica, aunque esto será otro problema.

BIBLIOGRAFIA:

- Laureano López Rodó "Apuntes sobre la organización institucional de las áreas metropolitanas" Revista de Estudios del BBV. Situación. Nº 3. 1995.
- J.L. Rivero Isern. "Manual de Derecho Local Ed. Instituto Andaluz de la Función Pública, 1989.
- Libro Blanco para el crecimiento , la competitividad y en empleo. Comisión de la Unión Europea. Bruselas 1.993.
- M^a. Concepción Barrero Rodríguez. "Las Areas metropolitanas. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Ed. Cívitas. 1.993.
- M^a. Concepción Barrero Rodríguez "El juego de las entidades supramunicipales de España algunas reflexiones en el décimo aniversario de la ley de régimen local de 2 de abril de 1.985" RELA nº 264 (octubre-diciembre 1.994. Madrid.
- Lliset Borrel "Naturaleza jurídica de la entidad municipal metropolitana de Barcelona R.D.U. nº 42. 1.975
- Guerra-Librero y Arroyo "La entidad municipal metropolitana de Barcelona" R.E.V.L. nº 184. 1974.
- Parada Vázquez. Derecho Administrativo. Organización y empleo público. Ed. Marcial Pons. 1.986
- Ibarra Robles. Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico. Oñati, 1.982.
- Martín Mateo "Manual de Derecho Local. Editorial Abella 1.985.
- Bassols Coma "la organización de las áreas metropolitanas en el espacio metropolitano"
- García Escudero y Pednás García "el nuevo régimen local, estudio sistemático de la ley 7/85 de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local.
- José Allende Landa "áreas metropolitanas. Contenido, crisis y nuevos enfoques" Revista Vasca de Administración Pública. Guipozkoa n º15. 1.986
- Antonio Jiménez Blanco "las organizaciones supramunicipales en España: las áreas metropolitanas. REALA nº 254 abril-junio. 1.992.
- Tomas Ramón Fernández "áreas metropolitanas y descentralización", en descentralización administrativa y organización política" Sabastian Martín Retortillo, Alfaguara Tomo III. 1.973
- Jorge Castanyer. Estudios Territoriales 191-203. 1.985 "Evolución del marco institucional en las áreas metropolitanas"
- Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo "la coordinación y gestión de las áreas metropolitanas y su marco legal: análisis y recomendaciones. Aplicación al área metropolitana de Asturias. Madrid 1.982.
- Mark Kleinman "Gobernanza metropolitana en el Reino Unido". GAPP nº 24 Mayo/Agosto 2002, pag, 32, quien cita a su vez a Hebbert M. 1995. "Strange Death of Greater London".
- Ministerio de Administraciones Públicas "Informe sobre las Grandes ciudades y las áreas de influencia urbana". Pág. 63 y 64.

NOTAS:

- (1) Disposición Adicional Sexta de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de Bases de Régimen Local.
- (2) Jiménez Blanco, Antonio "Las organizaciones supramunicipales en España: las áreas

metropolitanas” Madrid INAP, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica nº 254 (Abril – junio 1992)

(3) Laureano López Rodó “Apuntes sobre la organización institucional de las áreas metropolitanas” Revista de Estudios del BBV. Situación. Pág. 89 y ss. nº 3. 1.995.

(4) Mark Kleinman “Gobernanza metropolitana en el Reino Unido”. GAPP nº 24 Mayo/Agosto 2002, pag, 32, quien cita a su vez a Hebbert M. 1995. “Strange Death of Greater London”.

(5) Ministerio de Administraciones Públicas “Informe sobre las Grandes ciudades y las áreas de influencia urbana”. Pág. 63 y 64.

(6) Así podemos citar a J.L. Rivero Isern, Manual de Derecho Local. Ed. Instituto Andaluz de la Función Pública, 1.989, pág.183: “Actualmente el concepto define los grandes núcleos de aglomeración urbana (que llegan a absorber a las poblaciones cercanas) producidos en torno a las grandes ciudades, provocando una serie de problemas de interacción (transporte, contaminación, vías de comunicación, eliminación de residuos, abastecimiento de agua, etc...) exigiendo una respuesta coordinada de todos aquellos poderes con capacidad de decisión en el ámbito territorial a que se extiende el gran área metropolitana”.

(7) Libro Blanco para el crecimiento, la competitividad y el empleo. Comisión de la Unión Europea . Bruselas .1.993.

(8) M^a. Concepción Barrero Rodríguez “Las áreas metropolitanas” Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Ed. Civitas. 1.993, pág. 53.

(9) Art. 3.2.c) Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL y artículo 1 del R.D. 2568/86, de 28 de noviembre de 1.986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales

· Art. 43 Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL.

· Art. 43 Ley 7/93 de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía.

(10) Barrero Rodríguez, M^a Concepción, “El juego de las entidades supramunicipales de España algunas reflexiones en el décimo aniversario de la ley de régimen local de 2 de abril de 1.985”, REALA nº 264 (octubre-Diciembre) 1.994, Madrid. pág. 656.

(11) Decreto Ley 5/74 y su Reglamento de 28 de noviembre de 1.974.

· Norma que esta perfectamente estudiada por Lliset Borrell en “naturaleza jurídica de la entidad municipal metropolitana de Barcelona en R.D.U. nº 42, 1.975, pág 37 y ss. Y Guerra-Librero y Arroyo en “La entidad municipal metropolitana de Barcelona” R.E.V.L. nº 184, 1.974, prags 633.

· El carácter de entidad local no es objeto de discusión por cuanto la ley de bases de régimen local, así la establece lo establece en su artículo 3. (12) Martín Mateo, “Manual de Derecho Local” Ed. Abella 1.985 pág. 203

· Parada Vázquez Derecho Administrativo. Organización y Empleo, Ed. Marcial Pons. 1986, pág. 93.

· Ibarra Robles, Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico, Oñati, 1.982. pág. 183.

(13) M. Bassols Coma, la organización de las áreas metropolitanas en el espacio metropolitano, pág. 68.

García Escudero y Pendás García “El nuevo régimen local, Estudio sistemático de la Ley 7/85 de 2 de abril reguladora de las bases del régimen local, pág. 263.

(14) Artículo 2 de la Ley 5/1997 de 22 de julio de Administración Local de Galicia, “Gozan de la condición de entidades locales no territoriales las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, los consorcios locales y las entidades locales menores”.

(15) José Allende Landa. “Áreas metropolitanas. Contenido, crisis y nuevos enfoques”

Revista Vasca de Administración Pública. Gipuzkoa nº 15. Año 1.986.

(16) Antonio Jiménez Blanco "Las organizaciones supramunicipales en España: Las áreas metropolitanas". REALA. Nº 254 Abril-junio 1.992

(17) Tomás Ramón Fernández "Áreas metropolitanas y Descentralización", en Descentralización Administrativa y Organización Política", Sebastian Martín Retortillo, Alaguara, Tomo III, 1.973 p. 638.

(18)* Disposición Adicional Tercera de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias:

"Tercera- 1. En las aglomeraciones urbanas de las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, y a iniciativa de los municipios interesados y previa audiencia de los Cabildos respectivos, podrán constituirse Areas Metropolitanas. Las iniciativas se referirán exclusivamente a la procedencia de constituir el área metropolitana, ámbito territorial de la misma y servicios metropolitanos.

2. El Gobierno de Canarias, mediante decreto, regulará el procedimiento para la tramitación de las iniciativas a que se refiere el número anterior.

3. Finalizados los expedientes, el gobierno formulará los correspondientes proyectos de ley.

*Artículo 122 de la ley 5/1997, de 22 de julio de la Administración local de Galicia. "1. La iniciativa para la creación del área metropolitana podrá partir de los municipios interesados, y en este caso se requerirá acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de cada Corporación.

2. Adoptados los acuerdos se elevarán al conselleiro competente en materia de régimen local, quien examinará la regularidad del procedimiento observado".

* art. 62.3 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto de régimen local de la región de Murcia . 3. La iniciativa para la creación de áreas metropolitanas podrá partir de los mismos órganos a que se refiere el art. 60.1 de la presente ley. Art. 60.1 "La iniciativa para la creación de una comarca podrá partir de los propios municipios interesados, del consejo de gobierno de la comunidad autónoma, a propuesta de la consejería competente en materia de régimen local, o de los demás titulares de la iniciativa legislativa.

*Art. 44 de la ley de Demarcación Territorial de Andalucía 7/1993, de 22 de julio 1.- En el marco de la regulación general establecida en la presente ley, la creación , modificación o supresión de estas entidades se efectuará singularmente por ley del parlamento de Andalucía, con audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones interesadas".

(18 bis) Barrero Rodríguez "Las áreas metropolitanas" Ed. Civitas. 1993. Pág 216 y 217.

(19) Jorge Castanyer. Estudios Territoriales, 19 191-203. 1985. "Evolución del marco institucional en las áreas metropolitanas".

(20) La coordinación y gestión de las áreas de carácter metropolitano y su marco legal adecuado: Análisis y recomendaciones. Aplicación al Area Central de Asturias. Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. 1982.

· Consorcio Provincial para el Servicio de Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos de la Provincia de Granada. BOJA nº 90 de 11 de agosto de 1998.

· Consorcio para la prestación de servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento de la Provincia de Granada BOJA de 23 de febrero 1994,

· Consorcio para el desarrollo rural de la Vega Sierra Elvira BOJA nº 47 de 23-3-95

· Consorcio de Transportes del área de Granada boja nº16 de 24/1/2003.

(21) art. 43.3 Ley 7/1985, de 2 de abril

(22) art. 44.2.a) ley 7/93 LRDMA, de 22 de julio.

(23) Artículos 120 a 134 de la ley de administración local de Galicia , Ley 5/1997, de 22 de julio.

(24)art. 43.3. LRBRL, ley 7/1985 de 2 de abril

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1.989.

(26)art. 3 de Ley de 31 de diciembre de 1.986.

ALCANCE Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FORENSE

DR. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

Fiscal y Profesor tutor de la UNED

RESUMEN

La libertad de expresión como uno de los derechos fundamentales más importante en un Estado que se califica de Derecho tiene también una proyección en el ámbito de la Administración de Justicia. Como recuerda Nuestro más Alto Tribunal en materia de garantías constitucionales la parte debe tener un amplio margen de actuación y libertad en el uso de la palabra. La problemática está en la fijación de los límites a esa libertad en un ámbito de contornos difusos y en donde concurren profesionales de naturaleza dispar y con funciones diferenciadas en el proceso.

1.- INTRODUCCIÓN.

Cuando un operador jurídico pretende desarrollar su función en el proceso debe conciliar diferentes intereses algunos claramente contrapuestos, intereses que pueden ser amparados por diferentes derechos fundamentales. Así básicamente debe desenvolverse entre dos derechos; por una parte el derecho a expresar su opinión libremente y por otra que sus palabras sean adecuadas para los intereses que trata de hacer valer ante el órgano jurisdiccional. Junto a estos dos derechos puede haber afectados otros derechos como el derecho al honor, la intimidad o el derecho a la propia imagen. En definitiva pueden existir varios derechos constitucionales afectados y que irremediabilmente pueden entrar en colisión, como son los derechos comprendidos en el art. 18, 20 ó 24 de nuestra Norma Normarum.

Aunque el término operador jurídico es en realidad un término es novo con él queremos hacer referencia a todos que de una manera u otra intervienen en el proceso. Sin embargo parece evidente el protagonismo cuantitativo y cualitativo de los abogados por lo que haremos una especial referencia a ellos. Pero no sólo nos referiremos a la libertad de expre-

sión de los abogados sino que también, aludiremos a la libertad de expresión de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función.

También con especial detenimiento nos referiremos al Ministerio Fiscal cuya particular naturaleza constitucional lo convierten en “un abogado con alma de juez” lo que va a afectar sin duda a su libertad de expresión.

En suma, en las líneas que siguen intentaremos exponer la problemática que se desprende de la colisión de estos derechos fundamentales desde la órbita de quienes forman parte del proceso. Adelantamos que en esta materia existe un elevado casuismo si bien ante la colisión de derechos la norma y su aplicación práctica van a oscilar entre la prevalencia de derechos y la ponderación de los mismos.

3.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS ABOGADOS.

El artículo 24.2 de la Carta Magna reconoce el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, pilar básico sobre el que se ha construido nuestro Estado Social y Democrático y de Derecho (art.1 CE). Y es en este ámbito y su conexión con el art.20 referido a la libertad de expresión donde debemos ubicar la libertad de expresión de los abogados que se va a desarrollar principalmente con ocasión de un proceso y en última instancia en conexión con el ejercicio por jueces y magistrados de su potestad jurisdiccional del art.117 de la CE.

Desde el punto de vista normativo hemos de centrarnos por una parte en la propia reglamentación de la profesión de abogado contenida en el Estatuto General de la Abogacía y por otra parte en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial que en cumplimiento del art.122 CE determina la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de jueces y magistrados y de quienes sirven o cooperan con la Administración de Justicia, estando entre estos últimos los abogados.

Lo primero que llama de la atención es que en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la

Abogacía Española, no se hace referencia de forma expresa y tajante a la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio de su profesión y a los evidentes límites que este derecho debe tener.

El Estatuto, obviamente, sí define quién puede ser letrado y qué requisitos debe cumplir (artículos 9¹ y 13²). Indica también de manera expresa cuál es la misión primordial del abogado en el artículo 30³ manifestando que debe colaborar con la Administración de Justicia conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. Y quizás sea esta expresión “*defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados*”, la que da pie a hacer una primera formulación de cómo se debe ejercitar esta función y cuáles son los límites a la misma, fundamentalmente, en lo relativo a la libertad de expresión. Si al abogado, que cumple tan digna misión, se le indica que debe defender los intereses encomendados, también se le debe pedir, exactamente igual que al resto de los operadores jurídicos, que lo haga desde el Derecho. No podemos caer en la trampa de pensar que debemos exigirles a los abogados un mayor cumplimiento de sus obligaciones, en concreto por lo que respecta a los límites a la libertad de expresión, y acto seguido no efectuar esta misma petición al resto de profesionales (jueces, magistrados, fiscales, etcétera). No se les puede exigir más que a los demás pero tampoco menos.

Encontramos una referencia genérica y abstracta en el artículo 33 del Estatuto General de la Abogacía Española, en cuyo apartado segundo se dice: “*el Abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas*”. Podríamos entender que primero hace una proclamación genérica al exigir y afirmar que el abogado debe actuar con libertad e independencia reconociendo unos límites muy genéricos y variados como las limitaciones impuestas por la Ley, por las normas éticas y las deontológicas. Desde luego, se pone de manifiesto una buena voluntad al reconocer la existencia de límites en el ejercicio de la profesión, pero se echa en falta una mayor concreción. Debería ser la Ley la que fijase de forma minuciosa los límites a la actuación del profesional y a su libertad de expresión. Sin embargo lo cierto es que ha sido la jurisprudencia y no la Ley la que de forma más precisa ha intentado dibujar unos contornos a la libertad de expresión. En realidad y puesto que no

existen unas limitaciones específicas para la libertad de expresión forense, será cada profesional el que de manera individual y para cada caso concreto, quien decida si su actuación está dentro de esta libertad de expresión, si está rozando los límites o si por el contrario ha superado esta frontera imaginaria. Por la importancia práctica diaria, es más importante la labor de autocensura del buen profesional que decide cómo expresarse y en qué términos, que la labor limitadora de la Ley que brilla por su ausencia.

No es el único artículo en el que nos encontramos posible límites a la libertad de expresión. En el artículo 36 del Estatuto se dice que son obligaciones del abogado para con los órganos jurisdiccionales la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención, y es justamente esta expresión la única que de manera expresa se emplea en el Estatuto y que podemos entender referida a la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio de su derecho a la defensa o a la acusación, según cuál sea la situación procesal que desarrolle.

No solo recoge el Estatuto la obligación de este profesional del Derecho de actuar con respeto ante los órganos jurisdiccionales. En el artículo 43⁴ también se indica que este comportamiento considerado y cortés se debe acatar también frente a la parte contraria.

El Estatuto General de la Abogacía Española es realmente ecuánime puesto que aunque no define qué es la libertad de expresión forense y cuáles son los límites específicos de la misma sino que tan sólo los esboza, sí que indica de manera reiterada a lo largo de todo su texto el deber de lealtad y la consideración que deben tener los abogados frente a las demás partes procesales y ante los órganos jurisdiccionales.

El Estatuto, como es lógico, también desea proteger a estos profesionales de posibles excesos por parte de otros operadores jurídicos, puesto que de nada serviría exigirles un cierto comportamiento si no existe reciprocidad y si no se habilitan mecanismos para protegerlos de actuaciones arbitrarias o que coarten su libertad de expresión y por tanto, su derecho a la defensa.

Este sistema de protección se regula genéricamente en el artículo 33.4⁵ el cual permite al abogado denunciar ante el órgano jurisdiccional que no se le está respetando su libertad e independencia, solicitando del juez que actúe y adopte los mecanismos que tenga a su alcance para evitar esta situación. Así, si el fiscal o cualquiera de las otras partes se ha excedido en su libertad de expresión y puede haber vertido opiniones o ideas injuriosas que exceden del derecho a la defensa, el juez podrá advertir al abogado que cese en esa clase de manifestaciones e, incluso, dar cuenta al Colegio de Abogados para que su Comisión Disciplinaria estudie el asunto y le imponga una sanción si procediera. Es una especie de amparo que pide el abogado ante el Tribunal para que éste actúe y le proteja.

Pero no es el único sistema. El artículo 41⁶ del Estatuto también ha previsto esta misma situación creando un mecanismo de ejercicio “colectivo”. Este precepto parte de la premisa de que al Abogado se le está coartando su actuación ante los Tribunales y debe denunciar esta situación para que cese. Pero también parte de la base de que un único abogado no puede hacer casi nada ante la Administración de Justicia. Por eso ha regulado un primer mecanismo puramente individual tal cual es que pueda interesar del Secretario, depositario de la fe judicial, que haga constar que se está menoscabando su independencia y libertad imprescindibles para poder cumplir sus obligaciones profesionales por parte del mismo órgano jurisdiccional. Será el órgano jurisdiccional el que, al igual que en el caso del artículo 33.4, deba valorar la petición del abogado y ampararla en su caso. Pero si esta petición no ha sido atendida por el Juzgado o Tribunal, el abogado dará cuenta ante la Junta de Gobierno de la situación aportando el documento en el que el Secretario hizo constar su petición, para que ésta, como órgano colegiado y de representación de sus abogados, ejercite las acciones pertinentes. Sin embargo, la experiencia práctica cotidiana nos ha puesto de manifiesto que las pocas veces que se ha hecho uso de este recurso no ha sido porque no se haya respetado la libertad de expresión de estos profesionales, sino más bien porque no se han atendido las peticiones procesales que se le hayan efectuado o por un comportamiento abusivo por parte de jueces o magistrados, situación que ha sido denunciada ante el juez Decano al que se le pide que actúe como intermediario para que el Juez cuestionado reflexio-

nes sobre su conducta, o ante el Consejo General del Poder Judicial para que proceda a la apertura de expediente de responsabilidad disciplinaria y evalúe el comportamiento de este integrante del poder judicial.

Por tanto y como se ha visto, el Estatuto recoge de manera abstracta la libertad de expresión de los abogados y los evidentes límites que ésta debe tener, siendo tan genéricos estos límites, que nos vemos en la obligación de acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) con las incorporaciones efectuadas por la LO 19/2003, de 23 de diciembre para completar esta regulación. El Título II, *de los Abogados y Procuradores*, del Libro V, *del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian*, regula en los artículos 542 a 546 la institución Letrada. Ciertamente la regulación del derecho a la libertad de expresión es, al igual que el Estatuto de la Abogacía, un tanto parca. La LOPJ se limita a indicar en el artículo 542.2 que los letrados serán amparados por los Juzgados y tribunales en su libertad de expresión y defensa, añadiéndose en el artículo 546.2 que los abogados están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, exactamente igual que los fiscales y jueces.

Por otra parte atribuye a los jueces la capacidad para hacer guardar el orden en las Salas y de garantizar el debido respeto a quienes siendo funcionarios o profesionales participan y cooperan con la Administración de Justicia (arts.190 y 191 LOPJ).

Toda esta normativa tan abstracta ha tenido que ser objeto de estudio por el Tribunal Constitucional que ha debido elaborar una doctrina sobre la libertad de expresión de los letrados en el ejercicio de su derecho a la defensa y los límites que se deben imponer puesto que no se trata baja ningún concepto, de un derecho ilimitado. Sí es un derecho que debe tener un especial reforzamiento, pero nunca ilimitado.

En sintonía con ROIG BUSTOS⁷ debemos tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional parece decantarse por no equiparar los derechos fundamentales en colisión pese a su igualitaria configuración constitucional. Si el derecho al honor y demás derechos comprendidos en el art. 18 CE son individuales, los derechos del art. 20 de nuestra Carta

Magna son derechos no solo individuales sino que también son derechos colectivos. De esta misma consideración participan los derechos comprendidos en el art. 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha ido elaborando esta doctrina relativa a los límites a la libertad de expresión de los letrados en el ejercicio de su derecho a la defensa en diferentes resoluciones, entre ellas, la sentencia de 9 de marzo de 1.988, 4 de octubre de 1.993, 11 de julio de 1.994, 15 de octubre de 1.996, 5 de mayo de 2.000 ó 17 de septiembre de 2.001, entre otras. En todas estas resoluciones se partía de una premisa y es que el procedimiento sancionador regulado en los artículos 552 y siguientes LOPJ no es sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a jueces y magistrados sobre los abogados que intervienen en los pleitos sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada. Como bien indica la STC 38/1988, de 9 de marzo el ejercicio de su actuación forense como letrado, tiene su raíz en el art.20.1.a) , de la CE en relación con el art.24.2 del mismo texto legal.

Por ello es imprescindible cohonestar dos exigencias que aunque puedan resultar opuestas, en realidad son complementarias: el respeto a la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de su derecho a la defensa, y el respeto que debe guardar hacia las demás parte procesales y hacia los integrantes del poder judicial. La primera exigencia se prevé en el artículo 542.2 LOPJ cuando indica que *“en su actuación ante los Jueces y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”*. Recíprocamente, la segunda exigencia se consagra en el artículo 553.1 LOPJ cuando permite que los abogados sean corregidos disciplinariamente *“cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione en el proceso”*. Este precepto recoge los supuestos objeto de sanción conforme al art.554 y siempre y cuando no constituyan delito como bien aclara el art.552 LOPJ.

Lógicamente, al analizar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a los límites a la libertad de expresión, debemos construir un

delicado equilibrio entre el derecho a la defensa y el respeto a las demás personas que intervengan en el proceso, aunque siempre partiendo de la base que la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el artículo 20.1.a) CE puesto que está vinculado con carácter inseparable de los derechos de defensa (art. 24 CE) y adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117 CE), razón por la cual se trata de *“una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar”* (SSTC de 9 de marzo de 1.988, de 11 de julio de 1.994, de 15 de octubre de 1.996, de 5 de mayo de 2.000, entre otras).

Por tanto, un primer límite que se fija respecto a la libertad de expresión de los letrados en el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa es el necesario respeto que se debe guardar hacia las demás partes procesales y hacia la imparcialidad de los integrantes del poder judicial. Las expresiones vertidas por los letrados deben valorarse atendiendo a la especial cualidad de la libertad ejercitada y a la funcionalidad orientadas al logro de las finalidades que justifican su especial régimen, sin que en ningún caso *“se ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes procesales presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del poder judicial, que el artículo 10 CEDH erige en límite explícito a la libertad de expresión”* (SSTC de 17 de septiembre de 2.001, la cual recoge a su vez la doctrina de las ya mencionadas sentencias de 11 de julio de 1.994, ó 15 de octubre de 1.996).

El segundo límite a este derecho a la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio del derecho a la defensa de los intereses de sus patrocinados lo constituye el que las expresiones vertidas por los letrados se hayan efectuado en el ámbito de esta defensa y no de manera ajena a la misma, dado que lo que no se puede amparar en ningún momento son las extralimitaciones gratuitas. La actividad desarrollada por el letrado debe ser claramente enmarcable en el ámbito de la función de representación y defensa de los derechos e intereses de sus representados, al margen de la corrección o incorrección atribuible a las formas empleadas. En el caso de que las expresiones vertidas por los abogados se excedan

de este ámbito y se entienda que se han realizado al margen de la función de defensa encomendada, tales expresiones no deberían verse amparadas por la libertad de expresión forense puesto que se ha abusado de la misma.

Significativa resulta la Sentencia del Alto Tribunal de 17 de septiembre de 2.001 en la que se indica: *“Más concretamente, en relación con la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa y la aplicación por los órganos jurisdiccionales del régimen disciplinario previsto en los arts. 448 y ss. LOPJ, este Tribunal tiene declarado, ..., con cita de la STC 205/1994, de 11 de julio, que los derechos fundamentales y bienes constitucionales en juego en tales supuestos obligan a los órganos jurisdiccionales a realizar un juicio ponderativo de tales derechos e intereses constitucionales, con el fin de determinar si la conducta del Abogado está justificada, por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario, se pretende atentar contra la imparcialidad del Tribunal o alterar el adecuado orden y desarrollo del proceso, con clara infracción de las obligaciones procesales de actuación en el proceso con corrección, buena fe y sin provocar dilaciones indebidas”*.

Igualmente de significativa resulta la más reciente sentencia del TC , Sala 2ª de 19 de abril de 2004. Ponente Tomás S. Vives Antón. En esta resolución el TC otorga el amparo a un abogado que había sido sancionado en virtud de acuerdo gubernativo de 19 de junio de la Sección undécima de la AP de Madrid. Los hechos objeto de sanción lo constituirían las manifestaciones que hizo el letrado en la vista civil de un recurso de apelación en donde el letrado llegó afirmar que “en la sentencia recurrida había falsedades y barbaridades “ y pese a que fue llamado al orden persistió en su actitud lo que motivó que le fuera retirado el uso de la palabra. Además le fue impuesta una sanción pecuniaria de 250.000 pts que fue rebajada a 150.000 pts por la Sala de Gobierno del TSJ de Madrid . Tanto la AP como el TSJ considero que los hechos eran sancionables al amparo del art.449 LOPJ entonces vigente por entender que eran insulto e injurias contra la Magistrada autora de la sentencia recurrida. El letrado atacó el acuerdo gubernativo exponiendo argumentos de legalidad ordinaria y constitucional. Respecto a los primeros argumentaba que sus

manifestaciones iban dirigidas contra la sentencia que precisamente recurría y que era lesiva a los intereses de su cliente .Por tanto no se dirigió contra la juez sino contra su sentencia. Luego existía una extralimitación legal en el acuerdo gubernativo ya que lo que sanciona la LOPJ es injuriar o insultar a los miembros del Poder judicial pero si permite criticar sus sentencias. Por otra parte entre los argumentos de legalidad constitucional señalaba que el hecho de retirarle el uso de la palabra y sancionarle suponía una actuación gubernativa contraria al derecho de libertad de expresión contemplado en el art.20.1 CE y el derecho a la defensa tutelado en el art.24 lo que en suma suponía la negación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Agotada la vía ordinaria el letrado acudió en amparo y pese a constar con el informe negativo del Fiscal ante el TC le fue otorgado dicho amparo. El Ministerio Fiscal había considerado que la atribución de falsedades y barbaridades a la magistrada de instancia superaba la crítica tolerable por cuanto en último término le estaba imputando la comisión de un delito no pudiéndose escudar en el matiz argumentado por el recurrente que tales expresiones iban contra la sentencia y no contra la juzgadora. Por tanto cuando el Tribunal sancionó y retiró el uso de la palabra trataba de garantizar la independencia judicial que no puede verse socavada por expresiones injuriantes o incluso calumniosas.

Esta sentencia recuerda y reproduce el contenido de la doctrina del TC sobre la materia recogida en la sentencia 117/2003 de 16 de junio , que a su vez recoge la línea dibujada en las sentencias 205/1994, de 11 de julio , 157/1996, de 15 de octubre , 113/2000, de 5 de mayo, 184/2001 de 17 de septiembre, 226/20001 , de 26 de noviembre ,79/2002, de 8 de abril, y 235/2002 , de 9 de diciembre. Esta doctrina parte de la premisa que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación al entroncar con el derecho a la defensa reconocido en el art.24 de nuestra Carta Magna. Por tanto es una libertad de expresión que la propia doctrina de nuestro más Alto Tribunal de garantías califica de “reforzada”. Libertad que incide en último término en un adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional reconocida a jueces y magistrados en el art.117 de la Norma Normarum. Consecuentemente

esta libertad va a ser y como bien subraya la sentencia “especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar”. Consecuentemente la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de la defensa de su cliente no tendrá más límite que *“que el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”*. Y para comprobar este límite hay que analizar caso a caso y ver si el objeto de las mismas es desprestigiar la función jurisdiccional cercenando la imparcialidad del juez o lo que se busca en el contexto concreto es combatir una resolución que no se comparte reclamando del quien conoce del recurso una adecuada interpretación de la ley, valoración de la prueba o cualquier otra circunstancia que precipite una resolución favorable a la tesis del letrado recurrente y en último término favorable a los interés del ciudadano a cuyo servicio está la Administración de Justicia. En el caso comentado como bien indica el TC *“Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del letrado que precisamente por su carácter específico , le permite una mayor beligerancia en los argumentos dada su conexión con el derecho de defensa de la parte”*.

En suma, el legislador ordinario de 1.985 en conexión con el Estatuto General de la Abogacía Española concibió la libertad de expresión forense como parte esencial de la función de defensa. El derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada. Por ello, la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental, especialmente reforzado en término del Tribunal Constitucional, pero no exento de límites puesto que hay que relacionarlo con otros derechos constitucionales, puesto que como se puso de relieve desde la sentencia 25/81, los derechos fundamentales tienen un doble carácter o naturaleza. Y esos límites, tal y como se han expuesto en las líneas precedentes, no pueden ser otros más que el debido respeto a las demás personas que intervienen en el proceso, y el respeto a quien ejerce uno de los poderes del Estado.

En todo caso, y aunque se hayan fijado estos límites genéricos, siempre deberemos atender a cada caso en concreto para determinar si

estamos o no ante un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

4.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE FISCALES.

El artículo 124 de la Constitución española constitucionaliza al Ministerio Fiscal, institución que salvo la Constitución Republicana de 1.931 y la no española de Bayona de 1.808, habían obviado.

Evidentemente no es el momento para poder profundizar sobre esta peculiar institución clave en el Estado de Derecho en donde aún hoy en día se sigue discutiendo su naturaleza jurídica. Sin embargo, para poder conocer la libertad de expresión de quienes actúan en defensa de la legalidad como abogados de la sociedad, es menester acercarse a los principios y misiones que la Carta Magna le otorga a esta institución, desarrollado por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que es una ley ordinaria por imperativo del artículo 124.3 CE.

El fiscal, ante todo, es un defensor nato del pueblo actuando ante los Tribunales. Tanto el Defensor del Pueblo como el Ministerio Fiscal actúan en defensa de los derechos de los ciudadanos, radicando la diferencia entre ambos fundamentalmente en el ámbito de actuación ya que el primero actúa en el ámbito administrativo mientras que el segundo interviene en el ámbito jurisdiccional.

La Constitución, por tanto, coloca al fiscal como defensor de la legalidad, de los intereses de los ciudadanos, de la independencia judicial y del interés social, lo que se va a traducir en una intervención en todos los órdenes jurisdiccionales. No obstante esta realidad no significa que intervenga por igual ya que es conocido el importante papel que desempeña en el orden jurisdiccional penal, hasta el punto que algunos le han calificado como el rey del proceso penal.

En este estado de cosas, debemos de diferenciar por un lado la libertad de expresión del fiscal en el proceso en donde va a intervenir como una parte más si bien con algunas peculiaridades, y por otro lado, la libertad de expresión del fiscal fuera del proceso y su relación con los demás operadores jurídicos: jueces, abogados y demás fiscales.

Hemos de partir de la premisa de que esta autoridad ha de ser prudente en sus manifestaciones de tal modo que el art.59 EOMF establece la prohibición de dirigir a los poderes públicos y corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, lo que constituye sin duda una limitación a la libertad de expresión que sí tienen otros funcionarios públicos.

Centrándonos en el proceso el fiscal tiene que adoptar alguna de las posiciones procesales sin que ello signifique que sea una parte propiamente hablando. Esta aparente contradicción se entiende desde la óptica de quien por imperativo constitucional debe actuar de defensa de la legalidad y de forma imparcial.

Si el abogado por definición, defiende los intereses de su cliente y busca en la ley la forma de tutelar de la manera más eficaz posible estos intereses, por lo que tiene que adoptar una posición determinada en el proceso apriorísticamente, con el fiscal no ocurre lo mismo. En el orden jurisdiccional penal se visualiza de una manera muy clara este tratamiento dispar entre el abogado y el fiscal; el abogado defensor de un delincuente no tratará de traer al acto del juicio la verdad material de lo que ha pasado sino solo en la manera en que le resulte favorable. Por contra, el fiscal al ser imparcial, buscará la verdad material lo que le llevará a acusar cuando de las pruebas se deduzca la culpabilidad de quien se sienta en el banquillo y a defenderlo si se desprende todo lo contrario.

Existe otra diferencia que va a incidir en la libertad de expresión del fiscal y es que el representante del Ministerio Público, al igual que el juez, es un funcionario ostentando en todo momento la condición de autoridad (artículo 23 del EOMF).

Por la primera reflexión, entiendo que el Ministerio Fiscal deberá de tener la más amplia libertad de expresión posible en la defensa de los intereses que le son propios, que no son otros más que los de la sociedad, o al menos deberá tener el grado de libertad equivalente de quien se sienta en la parte contraria y que desea hacer triunfar su posición aun cuando la misma perjudique los intereses de la comunidad.

Paradójicamente, por la segunda reflexión, esto es, la condición de funcionario y autoridad del fiscal, le obliga a actuar con cierto cuidado, lo que puede limitar su libertad forense⁸.

En definitiva, la existencia de un conjunto de derechos y deberes y consecuentemente de un régimen disciplinario fijado respectivamente en los Capítulos VII del Título III de la Ley 50/1.981, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁹, van a incidir sin ningún género de dudas en la libertad de expresión del fiscal de tal modo que por prudencia silenciará algunos comentarios que seguramente los haría si tuviese el convencimiento que en ninguna responsabilidad disciplinaria pueda incurrir.

Lo primero que nos llama poderosamente la atención es que en contraposición al Estatuto General de la Abogacía, la Ley 50/1.981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal sí que ha previsto de manera expresa un detallado régimen sancionador aplicable a aquellos fiscales que en el ejercicio de su función se extralimiten en el ejercicio de la libertad de expresión, pero no solo la relativa a los superiores jerárquicos sino también frente a los Tribunales y frente a las demás partes procesales.

Al analizar el Estatuto General de la Abogacía poníamos de relieve la necesidad de acudir a la jurisprudencia para intentar fijar los límites de la libertad de expresión puesto que la ley no lo hacía. Sin embargo, en el caso de los fiscales difícilmente podremos acudir al estudio de la jurisprudencia porque por un lado, la práctica diaria nos ha demostrado lo extraño que es que un Fiscal se extralimite en el ejercicio de sus funciones. No se trata de una afirmación sin fundamento; al fiscal se le ha llamado "abogado sin pasión", lo cual es lógico puesto que defiende los intereses generales de la sociedad y no los de una persona en concreto. No defiende los intereses de su cliente, de tal forma que esta falta de pasión de las que se les acusa podría justificar que los asuntos en los que intervengan sean tan sólo un asunto más. Por otro lado, el fiscal sabe perfectamente que si en su intervención excede los límites de la libertad de expresión podrá ser sancionado disciplinariamente, lo cual es un veto que él mismo se impone en su actuación diaria.

Son realmente pocos y muy dilatados en el tiempo los supuestos en los que un fiscal ha sido sancionado por no guardar respeto a los superiores jerárquicos, a los Tribunales o a las demás partes procesales, son aún menos los casos en los que ha habido algún tipo de sanción, y son aún más escasas las ocasiones en las que un fiscal ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la sanción disciplinariamente interpuesta.

Por tanto, nos vemos obligados a acudir al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para estudiar estos límites a la libertad de expresión.

El artículo 63.1¹⁰ del Estatuto califica de falta grave la desconsideración hacia los superiores jerárquicos, y en el mismo artículo 63 pero en el apartado 4^o¹¹, se considera falta grave la desconsideración hacia los Juzgados o Tribunales ante los que actúen.

En el artículo 64 del Estatuto se recogen las faltas leves entre las que se vuelve a incluir, en su apartado 1^o¹², la falta de respeto a los superiores jerárquicos, cuando no constituya falta grave, lo cual supone una cierta indefinición porque queda a juicio del órgano sancionador el decidir si las expresiones vertidas por el fiscal deben ser constitutivas de infracción grave o leve.

En términos similares se pronuncia el obsoleto Reglamento del Ministerio Fiscal de 1.969 en cuyo artículo 124.5¹³ establece una conducta susceptible de ser considerada como falta, y en el artículo 125¹⁴ vuelve a dejar en manos del órgano sancionador el valorar la gravedad o levedad de las afirmaciones manifestadas por los fiscales y la sanción a imponer.

Por último, el viejo Reglamento ha previsto en el artículo 132¹⁵ que la conducta del fiscal se haga constar en su expediente personal para ser tomada en cuenta en las promociones y concursos en los que participe, y su comunicación al Consejo Fiscal.

Así pues, tal y como se ha visto, los fiscales están sometidos a un régimen sancionador estricto en el caso de que en el ejercicio de su cargo

efectúen cualquier clase de manifestación que se exceda de los límites normales del derecho a la libertad de expresión.

5.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Al igual que sucede con los fiscales, la libertad de expresión de jueces y magistrados es muy similar ya el propio art.395 LOPJ recuerda a quienes ejercen jurisdicción la prohibición de dirigir felicitaciones o censuras a otras autoridades o corporaciones oficiales . Consecuentemente deberemos acudir al régimen disciplinario para determinar los límites a esta libertad de expresión del juez. Éste aparece regulado en la Ley Orgánica del poder Judicial básicamente en los artículo 417 a 419 redactados conforme a las reformas de la LO 16 /1994 de 8 de noviembre y la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

El artículo 418.1¹⁶ y 5¹⁷ LOPJ conceptúa como falta grave tanto la falta de respeto de jueces y magistrados hacia sus superiores jerárquicos como hacia el resto de las personas que de una u otra forma puedan intervenir en la Administración de Justicia, incluyendo por supuesto, a los abogados y procuradores.

En consonancia con este espíritu, si no concurre la gravedad exigida por el artículo 418 LOPJ, la conducta del juez o magistrado será susceptible de ser conceptuada como leve. Así lo dispone el artículo 419.1¹⁸ y 2¹⁹ del citado Cuerpo Legal.

Esta normativa se completa con el art. 420.2 LOPJ en el que se indica que *“las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta cincuenta mil pesetas o con ambas; las graves con multa de cincuenta mil una a quinientas mil pesetas ...”*.

Esta regulación busca que la actuación del juez sea en todo momento respetuosa con aquella persona que tenga cualquier clase de relación con la Administración de Justicia en su sentido más amplio por lo que deberá ser prudente en sus manifestaciones.

La sociedad no desea sólo que el juez actúe de forma recta administrando justicia, sino que le exige que su comportamiento sea en todo

momento irreprochable. Quizás el hecho de que no sea una parte procesal, como sí lo son los abogados y los fiscales, sea lo que determine que su campo de actuación sea mucho más restringido que el de estos otros operadores jurídicos. El juez expresará sus ideas a través de las diversas resoluciones que puede dictar, debiendo ser mesurado a la hora de verter manifestaciones que puedan ser calificadas de poco respetuosas hacia los demás; no está ejercitando el derecho a la defensa, no está ejercitando el deber de acusar, sino que está cumpliendo con la encomienda constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE), por lo que necesariamente su libertad de expresión debe ser menor.

La práctica diaria nos dice que son realmente escasos los casos en que un juez ha realizado ciertas manifestaciones que puedan haber supuesto un cierto desdén o falta de respeto hacia los profesionales del Derecho, Policía Judicial o hacia los ciudadanos.

En suma, los jueces y magistrados, igual que los fiscales, deben guardar el respeto debido a quienes intervengan ante ellos. Como se ve, son los mismos límites que surgían entorno a la figura del fiscal, si bien debemos reconocer que si la libertad de expresión del fiscal era limitada, la de los jueces y magistrados lo es aún más por la posición que ostentan en el proceso.

6. CONCLUSIONES.

Podemos extraer de lo dicho una clara conclusión: en aras del derecho a la tutela judicial efectiva y especialmente del derecho de defensa se va a permitir una libertad de expresión casi sin límites, lo cual contrasta con la más comedida libertad de la que gozan jueces y fiscales en el proceso que sea.

NOTAS:

¹ Artículo 9: “1. Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”.

² Artículo 13-1. La incorporación a un Colegio de Abogados exigirá los siguientes requisitos:

a) Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, salvo lo dispuesto en tratados o convenios internacionales o dispensa legal.

b) Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad.

c) Poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos.

d) Satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecidas el Colegio.

2. La incorporación como ejerciente exigirá, además, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la abogacía.

b) No estar incurso en causa de incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de la abogacía.

c) Por Ley, a tenor de lo establecido en los arts. 36 y 149.1.30ª de la Constitución, se podrán establecer fórmulas homologables con el resto de los países de la Unión Europea que garanticen la preparación en el ejercicio de la profesión. En todo caso, estarán exceptuados de dicho régimen los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas, en el ámbito civil o militar, que hayan superado los correspondientes concursos u oposiciones de ingreso, para cuya concurrencia hayan acreditado la licenciatura en derecho y hayan tomado posesión de su cargo, así como quien haya sido con anterioridad abogado ejerciente incorporado en cualquier Colegio de Abogados de España.

d) Formalizar el ingreso en la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a prima fija o, en su caso, en el Régimen de Seguridad Social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente.

³ Artículo 30: *“El deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada”*.

⁴ *“Son obligaciones del Abogado para con la parte contraria el trato considerado y cortés, así como la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la misma”*

⁵ *“4. Si el letrado entendiere que no se le guarda el respeto debido a su misión, libertad e independencia, podrá hacerlo presente al Juez o Tribunal para que ponga el remedio adecuado”*.

⁶ Artículo 41: *“Si el abogado actuante considerase que la autoridad, Tribunal o Juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal bajo la fe del Secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno. Dicha Junta, si estimare fundada la queja, adoptará las medidas oportunas para amparar la libertad, independencia y prestigio profesionales”*.

⁷ ROIG BUSTOS, Ladislao, “Derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la información y a estar bien informados”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo III, 1.999, página 52.

⁸ La limitada libertad de expresión pudo observarse con la intervención del Fiscal Jefe de Castilla León, Excmo. Sr. D. José Luis García Ancos en el llamado caso del Alcalde de Ponferrada, cuyas manifestaciones provocaron que desde diversos medios políticos se

pidiese su cese. La propia Fiscalía General del Estado al amparo del art. 23 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, optó por la excepcional medida de sustituirlo del proceso ya abierto.

⁹ El régimen disciplinario de la carrera fiscal se ha visto modificado por la Ley 14/2003 de 26 de mayo que ha endurecido el régimen disciplinario aproximándolo al que diseña la LOPJ para jueces y magistrados.

¹⁰ Artículo 63.1: *“Se consideran faltas graves:*

1º La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad”.

¹¹ Artículo 63.4º: *“Se consideran faltas graves: ... 6º. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respeto de los ciudadanos, jueces, magistrados, fiscales, secretarios, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes, abogados, procuradores, graduados sociales, funcionarios de la policía judicial y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.”.*

¹² Artículo 64.1 EOMF: *“La falta de respeto a los superiores jerárquicos o a los Juzgados o Tribunales que no constituyan falta grave”.*

¹³ Artículo 124.5: *“Cuando de palabra o por escrito falten a la subordinación debida a sus superiores jerárquicos, a la corrección y consideración debida a sus iguales o a sus superiores, a los Tribunales, a los Auxiliares o subalternos de éstos, a los funcionarios públicos de otro orden y a los letrados, Procuradores, peritos y testigos que intervengan en las actuaciones judiciales o gubernativas”.*

¹⁴ Artículo 125: *“Se considerarán las demás faltas enumeradas en el art. 124 muy graves, graves o leves, teniendo en cuenta las circunstancias y los efectos de la falta cometida”.*

¹⁵ “Una vez firme la resolución dictada de plano o en expediente en que se imponga una corrección disciplinaria, se dispondrá su cumplimiento por quien la haya dictado, se comunicará al Consejo Fiscal, al Director General de Justicia y al Jefe de la Fiscalía en que preste sus servicios el corregido y se anotará en el expediente personal de éste, en el libro de correcciones de la Fiscalía respectiva y en el de la misma clase que deberá llevar el Consejo Fiscal”.

¹⁶ Artículo 418.1 LOPJ: *“la falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad”.*

¹⁷ Artículo 418.5 LOPJ: *“el exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, Secretarios, Médicos forenses, Oficiales, Auxiliares y gentes de los Juzgados y Tribunales, de los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, Graduados Sociales y funcionarios de la Policía Judicial”.*

¹⁸ Artículo 419.1 LOPJ: *“la falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave”*

¹⁹ Artículo 419.2 LOPJ: *“la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, Médicos forenses, Abogados y Procuradores, Graduados Sociales, con los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes y funcionarios de la policía Judicial”*

UNA VISIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL¹**MARCELO FIGUEIREDO**

Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo (Brasil). Abogado .

RESUMEN

El presente artículo pretende demostrar el control de constitucionalidad en Brasil y además traer ejemplos relativos a la temática y a la norma tributaria. Qué tipos de garantías dispone el contribuyente o la parte disconforme para cuestionar la constitucionalidad o legalidad de imposiciones tributarias y sus dificultades. El principio federativo y tributación en Brasil, el control de constitucionalidad y sus fundamentos. Nuestro objetivo será demostrar cuáles son los principales problemas del control de constitucionalidad de la norma tributaria en Brasil y el arsenal constitucional erigido a lo largo de este último siglo en defensa del contribuyente. ¿cómo decide el Poder Judicial, especialmente el Supremo Tribunal Federal brasileño cuando juzga una norma inconstitucional, alejándose de la aplicación de las partes litigantes?

I) Introducción. Características básicas del Estado Federal brasileño.

Nuestro objetivo, con el presente artículo, será demostrar cuánto es posible de forma sintética, en Brasil, el control de constitucionalidad y además, traer algunos ejemplos relativos a la temática y a la norma tributaria, como nos fue solicitado². Es decir, qué tipo de garantías dispone el contribuyente brasileño o la parte disconforme, para cuestionar la constitucionalidad o legalidad de imposiciones tributarias y cuáles son sus principales dificultades. Para ello, tendremos que realizar algunas consideraciones preliminares al público lector extranjero.

Para cumplir con el objetivo anunciado, forzosamente tendremos que conocer cómo se establece el control de constitucionalidad en Brasil y cómo el tema está incluido en nuestra Constitución. Conocido el establecimiento del control, naturalmente los ejemplos de la realidad tributaria pueden ser listados a lo largo de la exposición.

De esta forma, nuestro foco central será el control, con algunos ejemplos, de aquí y de allá, de la cuestión tributaria como nos fue solicitado.

Preliminarmente, parece interesante enunciar como se estructura el Estado brasileño, para que el lector extranjero se familiarice con nuestra realidad.

Brasil asumió la forma de estado federal, en 1889 con la proclamación de la República, lo que fue mantenido en las constituciones posteriores, inclusive con la última constitución brasileña de 1988³, que está en vigor, no obstante la existencia de (en la vigencia de la constitución de 1988) la existencia de innumerables reformas que ya alcanzaron el número de 48 (esta última editada el 10/08/2005) y más aún, reformas constitucionales de revisión, estas últimas alcanzando el número de 6, de 07/06/1994.

Por lo tanto, para decirlo mínimo, fue intensa la producción y alteración en el texto original de la constitución de 1988, tema que no abordaremos, mas que responde en grandes líneas, a las alteraciones por la que pasó y pasa el figura del Estado y su papel en este principio de siglo XXI.

El Estado federal brasileño, está constitucionalmente estructurado como la unión indisoluble de los Estados, Municipios y Distrito Federal (artículo 1º de la Constitución Federal). Como en todo Estado federal, tenemos como mínimo dos entidades. En el caso brasileño, la União (Unión), *soberana*, y las colectividades regionales autónomas, los Estados federados, Estados-miembros o simplemente Estados, como son usualmente llamados.

Digno de mención y registro es la posición del Municipio en ese cuadro constitucional, Los Municipios integran la estructura político administrativa de la Federación brasileña (artículos 1º y 18º de la CF).

Ya vimos por lo tanto, que Brasil es una Federación. También es una República, en lo que corresponde a la necesidad de legitimación

popular del Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes Municipales. Además, la existencia de asambleas y concejos municipales en las tres órbitas de gobierno de la República, elecciones periódicas por tiempo limitado, transitoriedad de los cargos políticos, presentación de cuentas de la administración pública, entre otras garantías.

La Constitución Federal brasileña enuncia ser un Estado Democrático de Derecho. Sin entrar en detalles de su composición, basta señalar la presencia de los siguientes principios en su concepto⁴:

a) principio de constitucionalidad, que manifiesta, en primer lugar, que el Estado Democrático de Derecho se funda en la legitimidad de una Constitución rígida, emanada de la voluntad popular, que dotada de supremacía, vincula todos los poderes y los actos provenientes de ellos, con las garantías de actuación libre de reglas de la jurisdicción constitucional.

b) principio democrático, que, en los términos de la Constitución, habrá constituir una democracia representativa y participativa, pluralista y que sea la garantía general de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales;

c) sistema de derechos fundamentales, que comprende los individuos, colectivos, sociales y culturales;

d) principio de justicia social, referido en el art. 170, enunciado, y en el art. 193, como principio del orden económico y del orden social, abriéndose, tímidamente, para la realización de la democracia social y cultural, sin avanzar significativamente rumbo a la democracia económica;

e) principio de la igualdad;

f) principio de la división de poderes y de la independencia del juez;

g) principio de la legalidad;

h) principio de la garantía jurídica.

Resáltese aún que, en términos de reparto de competencias está adoptado en un sistema donde se enumera los poderes de la Unión (art. 21 y 22), ya los Estados-miembros tienen poderes remanentes (art. 25, párrafo 1º) y poderes definidos para los Municipios (art. 30). Se prevén aún, posi-

bilidades de delegación (art. 22, párrafo único), áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y Municipios (art. 23) y sectores concurrentes entre Unión y Estados en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales corresponde a la Unión (artículo 21, y sus incisos, 22 y 24), mientras a los Estados miembros y Municipios les es otorgada alguna competencia suplementaria (artículos 24 y 30).

II) Principio Federativo y Tributación, la competencia tributaria.

En razón de la autonomía que gozan (gobierno central y gobiernos regionales o locales) la Constitución Federal garantiza para cada una de estas entidades políticas, campos autónomos y exclusivos, estrictamente trazados en la Constitución de la República Federativa de Brasil.

La Constitución brasileña no creó propiamente los tributos. Apenas , discriminó competencias para que la Unión, los Estados y los Municipios y el Distrito Federal, por medio de ley, instituyan los tributos de su competencia⁵.

No es el caso de entrar en detalles de las características de la competencia tributaria en Brasil. Es suficiente para los objetivos anunciados de este trabajo, indicar al lector, cuáles son las especies tributarias en Brasil y como están armonizadas en el Estado federal brasileño.

Brasil está dotado de una Constitución rígida y analítica. El sistema constitucional tributario brasileño se basa en la técnica de discriminación de las rentas entre las entidades autónomas de la Federación.

La Constitución adoptó una discriminación exhaustiva, integral y completa de competencias tributarias entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

A cada una de esas entidades, otorgó competencia expresa para instituir impuestos, tasas y contribución de mejoras. Estableció la *exclusividad* tributaria y tornó exclusivo de cada esfera el tributo que le fue destinado.

Es innecesario decir que esa atribución constitucional no puede ser modificada por ley ordinaria o ley complementaria. La excepción. Se admite la competencia residual de la Unión para que habiendo necesidad, pueda instituir, en los términos del artículo 154, (a) *otros impuestos* mediante ley complementaria, siempre que no tengan hecho generador ni base de cálculo idénticos a los discriminados en los artículos 153, 155 y 156 de la CF y desde que no sean acumulativos y aún, (b) *impuestos extraordinarios* en la eminencia o en caso de guerra.

II) 1. Veamos entonces, de forma didáctica y modo panorámico, como se presenta la *competencia tributaria de la Unión*⁶:

A) *Tributos de competencia exclusiva de la Unión*. Es de competencia exclusiva de la Unión, instituir impuestos a continuación indicados con sus características básicas, además del *impuesto extraordinario* por motivo de guerra, del *préstamo obligatorio* y las contribuciones sociales, de intervención en el dominio económico y en el interés de las categorías profesionales o económicas, como instrumento de su actuación en las respectivas áreas⁷.

1) *Impuestos sobre el comercio exterior*. Comprende el impuesto sobre *la importación*⁸ de productos extranjeros y el impuesto sobre la exportación, para el exterior, de productos nacionales o nacionalizados;

2) *Impuestos sobre la renta y lucros de cualquier naturaleza*. En su concepción entra toda disponibilidad económica o jurídica proveniente del rendimiento del capital, del trabajo o de la combinación de ambos, así como todo incremento patrimonial de las personas físicas y jurídicas;

3) *Impuestos sobre los productos industrializados*. Es la tributación de la producción industrial, mas lo es también sobre el consumo, porque sólo alcanza el producto en el momento en que sale del establecimiento industrial o equiparado para integrar el proceso constitutivo, aunque no sea el acto de consumo la situación generadora de la obligación tributaria;

4) *Impuesto sobre operaciones financieras*. Se trata de un complejo de incidencias tributarias que otorga competencia a la Unión para instituir impuestos sobre operaciones de crédito, cambio y seguro, o relativos a títulos y valores mobiliarios.

5) *Impuesto sobre la propiedad rural*. Es uno de los impuestos sobre el patrimonio. Es de competencia de la Unión para funcionar como instrumento auxiliar de la política agrícola. Es fiscalizado y cobrado por los Municipios.

6) *Tributación de grandes fortunas*. A depender de ley complementaria aún no editada;

7) *CPMF*. Contribución provisoria sobre el movimiento o transmisión de valores y de créditos y derechos de naturaleza financiera. De "provisoria" sólo tiene el nombre, ya que se va eternizando por sucesivas leyes;

B) *Tributos de competencia común a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios*. Son las tasas y contribuciones de mejoras que veremos a continuación:

*Tasas*⁹. Todas las entidades tributantes pueden instituir las privativamente, y recaudarlas en razón de: a) del ejercicio del poder de policía; y b) por la utilización efectiva o potencial de servicios públicos específicos y divisibles, prestados al contribuyente o puestos a su disposición y no pueden tener base de cálculo propia de impuestos.

Contribución por mejoras. Es posible instituir la y cobrarla en razón de la valorización de la propiedad inmóvil decurrente de obras públicas. A Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios les compete instituir la contribución de mejoras, decurrentes de obras públicas.

C) *Tributos de competencia residual*. Aquellos de competencia exclusiva que la Unión puede instituir, mediante ley complementaria, otros impuestos que no tengan hecho generador ni base de cálculo idénticos a los impuestos expresamente discriminados en la Constitución.

II) 2. Competencia tributaria de los Estados¹⁰

(A) Tributos de competencia exclusiva de los Estados y del Distrito Federal.

(1) Tributos a la herencia y las donaciones. Se trata de impuesto sobre la transmisión *causa mortis* y donación, de cualesquiera bienes o derechos. Sus alícuotas máximas serán fijadas por el Senado Federal.

(2) Tributación a la circulación de mercaderías. (ICMS). Es de competencia de los Estados y del Distrito Federal el impuesto sobre las operaciones relativas a la circulación de mercaderías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación, aunque las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior. Se trata de un impuesto complejo, con innumerables reglas, que no podrían ser discutidas en el presente trabajo;

(3) Tributación de vehículo automotor. Compite a los Estados instituir impuesto sobre la propiedad de vehículos automotores. Tendrá alícuotas mínimas fijadas por el Senado Federal y podrá tener alícuotas diferenciadas en función del tipo de utilización del vehículo.

(B) Tributos Comunes. Son las tasas y contribuciones de mejoras que pueden ser cobradas también por los Estados y Distrito Federal, tal como la Unión y los Municipios.

II) 3. Competencia tributaria de los Municipios¹¹

(A) Compete *exclusivamente* a los Municipios instituir los siguientes impuestos:

(1) Tributación a la propiedades urbana Es el impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana, sobre la propiedad inmueble, con o sin edificación, localizada en la zona urbana o con destino urbano;

(2) Tributación de las transmisiones de bienes inmuebles. Una forma de transmisión de bienes (inmuebles o muebles), por

herencia o donación, es tributada por impuesto estadual. Aquí tenemos el impuesto sobre las transmisiones de bienes *inter vivos* a cualquier título, por acto oneroso, de bienes inmuebles, por naturaleza o por consentimiento físico y de derechos reales sobre inmuebles, excepto los de garantía (hipoteca), así como cesión de derechos a su adquisición;

(3) *Tributación de los servicios*. Se trata del impuesto sobre los servicios de cualquier naturaleza, definidos en ley complementaria. Hay una lista de servicios definidos en ley complementaria. También a ella cabe fijar sus alícuotas máximas y mínimas y excluir su incidencia en las exportaciones de servicios para el exterior, entre otros aspectos;

(B) *Tributos comunes*. Tasas y contribuciones por mejoras.

C Contribución de iluminación pública. Pueden ser instituidas por ley, las contribuciones para el costeo de los servicios de iluminación pública, observados los principios constitucionales. Tienen naturaleza de tasa.

El lector puede ahora, tener una idea general de los tributos en Brasil y el que compete a cada una de las personas políticas de la Federación brasileña. Parece oportuno mencionar aún, como segundo movimiento de ese artículo, relacionar algunas consideraciones de los principios constitucionales tributarios, a fin de demostrar el plexo de garantías ofrecidas frente al poder tributario en Brasil.

III) Principios Constitucionales y los Principios Constitucionales Tributarios

Es innegable, sobretodo a partir de la segunda mitad del siglo XX, el gran avance, o si quisiéramos así decirlo, la *renovada dimensión* que asumen los principios jurídicos en la ciencia del derecho, en especial en el campo de aplicación del derecho constitucional.

Pasan a ser, no sólo la síntesis de los valores abrigados en el ordenamiento jurídico, espejando la ideología social, más confrontando, otro sí, unidad y armonía al sistema, integrando sus diferentes partes y atenuando tensiones normativas.

En la trayectoria que los condujo al centro del sistema, los principios tuvieron que conquistar el *status* de norma jurídica, superando la creencia de que tendrían una dimensión puramente aciológica, ética, sin eficacia o aplicabilidad directa e inmediata¹².

Parece claro que entre innumerables funciones que desempeñan, los principios condensan valores, dan unidad al sistema y condicionan la actividad del intérprete.

Siendo así, parece útil referir, de paso, cuáles son los principios constitucionales generales y cuales son los principios constitucionales *tributarios*. El tema recibe clasificación diversa de acuerdo a los criterios adoptados. Partimos de la indicación presentada por el Profesor **Paulo de Barros Carvalho**¹³.

Hay muchos principios constitucionales generales, válidos, para la plenitud del ordenamiento y que, por eso, influyen decisivamente, en el sector de los fenómenos jurídicos tributarios. Consideremos, uno a uno, los de mayor expresividad¹⁴.

Intentaremos simplificar y reducir la exposición original del maestro, aludiendo en paso breve, a cada uno de ellos, pues nuestro objetivo es llegar, a continuación, a los principios siguientes, los constitucionales *tributarios*:

1) Principio de seguridad del derecho: Principio que está encima de todos los primados y rige toda y cualquier porción de orden jurídica. La seguridad del derecho se sitúa en la propia raíz del *deber-ser* e insita al deóntico, siendo incompatible imaginarlo sin determinación específica. El principio de la seguridad del derecho implícito, mas todas las magnas directrices operan en el sentido de realizarlo, dice el maestro Paulo.

2) Principio de garantía jurídica: No se confunde con el primero. El principio de garantía jurídica es decurrente de factores sistémicos que utilizan el primero (seguridad del derecho) Tal sentimiento tranquiliza los ciudadanos, abriendo espacio para el planeamiento de acciones futuras, cuya disciplina jurídica conocen,

confiados que están en el modo por el cual la aplicación de las normas del derecho se realiza. Concomitantemente, la seguridad del tratamiento normativo de los hechos ya consumados, de los derechos adquiridos y de la fuerza de la cosa juzgada, les da la garantía del pasado. Esa bidireccionalidad pasado / futuro es fundamental para que se establezca el clima de garantía de las relaciones jurídicas.

3) Principio de igualdad: Contenido en el artículo 5º, I de la Constitución y refleja las tendencias axiológicas de extraordinaria importancia. Su destinatario es el legislador.

4) Principio de la legalidad: También implícito en nuestro sistema, art. 5º, II- esa máxima asume el papel fundamental de absoluta preponderancia.

5) Principio de irretroactividad de las leyes: Las leyes no pueden retroregir, alcanzando el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, de acuerdo al artículo 5º, inciso XXXVI;

6) Principio de la universalidad de la jurisdicción: Previsto en el artículo 5º, inciso XXXV de nuestra Constitución. *La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho.*

7) Principio que consagra el derecho de amplia defensa y el debido proceso legal: Cláusula que garantiza que en todos los procesos, judiciales o administrativos, inclusive aquellos relativos de materia tributaria, sea aplicada y respetada. Instrumento para preservar derechos y asegurar garantías en el aspecto formal y material (substancial), de gran desarrollo en Brasil, inclusive por fuerza de construcción jurisprudencial.

8) Principio de igualdad de las personas constitucionales: La Unión, los Estados y Municipios (y el Distrito Federal) son iguales. No hay jerarquía entre las personas políticas de la federación, como ya vimos, mas una relación de autonomía e igualdad. Cada una de ellas detenta competencias y autonomía legislativa, administrativa y judicial, derivadas de la propia Constitución de la República.

9) Principio que afirma el derecho de propiedad: Garantía constitucional. La propiedad es un derecho, mas con función

social, como lo previsto en el artículo 5º, incisos XXII y XXIV de nuestra Constitución.

10) Principio de la libertad de trabajo: Libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establece.

11) Principio que valoriza el derecho de petición: De gran importancia, ese antiguo derecho constitucional, que se remonta a la vieja Inglaterra, está también previsto en nuestra Constitución. (art. 5º, incisos XXXIV, letras “a” y “b”).

12) Principio de la supremacía del interés público al del particular: Pilar fundamental del derecho público brasileño, postulado esencial para la edificación del régimen jurídico administrativo, exalta la superioridad de los intereses colectivos sobre los del individuo o particular.

13) Principio de la indisponibilidad de los intereses públicos: Segundo pilar fundamental del edificio del derecho público. Dice el maestro **Paulo**: “los intereses públicos son inapropiables. El titular del órgano administrativo incumbido de representarlos no tiene poder de disposición, debiendo administrarlos en la más estrecha conformidad del que preceptúa la ley... Corolario de ese principio, en el terreno de los tributos, es la prominencia absoluta de la ley, en toda circunstancia en que al administrador tributario le cabe remitir débitos, transigir, efectuar compensaciones o luchar, de alguna forma, con la titularidad de bienes o intereses del Erario.

A continuación, ya es posible verificar los Principios Constitucionales **Tributarios**, el maestro **Paulo de Barros Carvalho**¹⁴.

1) Principio de la estricta legalidad: Además de la previsión genérica de la legalidad, que ya vimos arriba, la Constitución brasileña reforzó la garantía y determinó su aplicación al campo tributario, consonantemente se ve en el artículo 150, I: “*Sin perjuicio de otras garantías consolidadas para el contribuyente, es prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: I- exigir o aumentar tributos sin ley que lo establezca*”. En otras palabras, cualquiera de las personas políticas de dere-

cho constitucional interno, solamente podrá instituir tributo, esto es, describir la regla-matriz de incidencia, o aumentar los existentes, ampliando con base a cálculo o a alícuota, mediante la expedición de ley.

2) **Principio de anterioridad:** Visto el artículo 156, párrafos 5º y 8º que determina la obligatoriedad de la inclusión de todos los ingresos en el presupuesto anual. Complementado por el artículo 150, III, “b”: *Sin perjuicio de otras garantías consolidadas al contribuyente, le es prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:... II- cobrar tributos....b) en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los instituyó o aumentó.*

Por el principio de anterioridad, ningún tributo será cobrado, en cada ejercicio financiero, sin que la ley que lo instituye o aumente haya sido publicada.

3) **Principio de irretroactividad de la ley tributaria:** Entre las *limitaciones del poder de tributar* inscribió el constituyente el principio de la irretroactividad (CF, artículo 150, III, a). Dice el maestro Paulo: “ En efecto, el enunciado normativo que protege el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, conocido como *principio de irretroactividad de las leyes*, no venía siendo, es bueno que se reconozca, impedimento suficientemente fuerte para obstar ciertas iniciativas de entidades tributantes, en especial de la Unión, en el sentido de alcanzar hechos pasados, ya consumados en el tiempo, debajo de plexos normativos según los cuales los administradores orientaron la dirección de sus negocios”.

4) **Principio de la tipología tributaria:** En el derecho positivo brasileño, el tipo tributario es definido por la integración lógica de dos factores: hipótesis de incidencia y base de cálculo. Al binomio el legislador constitucional le otorgó la propiedad de diferenciar las especies tributarias entre sí, siendo también operativo dentro de las propias subespecies. Adecuadamente aislados los dos factores, estaremos autorizados a decir, sin hesitaciones y perplejidades, si un tributo es impuesto, tasa o contribución de mejora, bien como enunciar que tipo de impuesto o que modalidad de tasa¹⁵.

5) **Principio de la prohibición de tributo con efecto de confiscación:** Previsto en el artículo 150, IV de la Constitución Federal. De difícil demarcación doctrinaria y jurisprudencial, sus límites son siempre nebulosos y subjetivos.

6) **Principio de la vinculabilidad de la tributación:** Dice el Maestro Paulo a respecto del tema: “ la actividad impositiva del Poder Público está toda ella regulada por prescripciones jurídicas que le permiten ejercer, concretamente, los derechos y deberes que la legislación tributaria establece, desarrollando su función administrativa mediante la expedición de actos discriminatorios y actos vinculados. El magisterio dominante se inclina por entender que, en los confines de la permanencia tributaria, han de existir solamente actos vinculados, fundamente sobre el cual exaltan el llamado principio... Mientras tanto, las cosas no pasan tan así. El ejercicio de la actividad administrativa, en ese sector, se opera también por medio de actos discrecionales, que son, además, más frecuentes y numerosos. Lo que sucede es que los expedientes de mayor importancia, aquellos que hablan más próximamente a los fines últimos de la pretensión tributaria, son pautados por una estricta vinculabilidad, carácter que, ciertamente, influenció la doctrina en el sentido de llegar a radical generalización.

7) **Principio de la uniformidad geográfica:** Previsto en el artículo 151, IV de la Constitución Federal. Se traduce en la determinación de que los tributos instituidos por la Unión, sean uniformes en todo el territorio nacional. Se trata de la reafirmación de los principios federativos y de la reafirmación de la igualdad de las entidades federadas. Es prohibido establecer distinción o preferencia entre Estados, Municipios y el Distrito Federal en perjuicio de los demás.

8) **Principio de no discriminación tributaria, en razón de la procedencia o del destino de los bienes:** Significa que las personas tributantes están impedidas de graduar sus tributos, teniendo en cuenta la región de origen de los bienes o el lugar para donde se destinen. En consonancia con esa regla constitucional (art. 152), la procedencia y el destino son índices idóneos para efecto de manipulación de las alícuotas y de la base de cálculo por los legisladores de los Estados, de los Municipios y del Distrito

Federal. E el dispositivo se refiere a *bienes y servicios de cualquier naturaleza*¹⁶.

9) Principio de territorialidad de la tributación: Es consecuencia del sistema constitucional tributario. El poder vinculante de una ley justificará los efectos jurídicos de estilo hasta los límites geográficos de la persona política que lo editó.

10) Principio de la indelegabilidad de competencia tributaria: La facultad legislativa de instituir tributos y sobre ellos disponer, inaugurando el orden jurídico, no puede ser delegada, debiendo permanecer en el cuerpo de las prerrogativas constitucionales de la persona que la recoja del texto superior. El artículo 7º del Código Tributario Nacional dispone: “ *La competencia tributaria es indelegable, salvo atribución de las funciones de recaudar o fiscalizar tributos, o de ejecutar leyes, servicios, actos o decisiones administrativas en materia tributaria otorgada por una persona jurídica a otra*”.

Examinados los principales principios constitucionales tributarios vigentes en Brasil y ofreciendo un panorama *básico* de nuestra Constitución Federal referida a la temática propuesta, pasamos inmediatamente a examinar el tema del control de la constitucionalidad en Brasil y sus peculiaridades.

IV- El control de constitucionalidad en Brasil: los fundamentos

El control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos consiste en el examen de la *adecuación* de ese conjunto de actos a la Constitución, tanto de un punto de vista formal cuanto material, para el efecto de recusarse obediencia a su mandamiento, o igualmente para el efecto de declararle la nulidad.

La constitución, la ley de leyes, la *lex legum*, es la más alta expresión jurídica de la soberanía del Estado, como es de amplio conocimiento¹⁷.

El *principio de la constitucionalidad* significa que, en el Estado Democrático de Derecho, es la constitución que dirige el andar de la sociedad y vincula, positiva y negativamente, todos los actos del poder

público además de regular y proteger, en gran medida, todos los actores sociales, individuales o colectivos.

Consecario esencial de la superioridad que se atribuye a las normas constitucionales sobre las demás fue la proscripción de un *proceso especial* para su elaboración. Esa circunstancia de ser, las leyes constitucionales, elaboradas según un proceso más dificultado que aquél previsto para las leyes comunes constituye la denominada *rigidez constitucional*.

Ya de la rigidez constitucional deriva, como primordial consecuencia, el principio de la *supremacía constitucional*, principio fundamental del Derecho Constitucional.

Como sabemos en esencia, significa que la constitución se coloca en el vértice, en el ápice del sistema jurídico de un determinado país, al cual corresponde validez y que todos los poderes estatales sólo son legítimos en la medida en que ellas los reconozca y en la proporción en que por ella son distribuidos. En eso se consustancia el *principio de la conformidad* de los actos del poder público a las normas y principios constitucionales.

De hecho, la constitución brasileña es *rígida y suprema*, como se verifica de la simple lectura de su artículo 60, de lo contrario veamos¹⁸: En ese artículo, están las hipótesis en que es posible la propia alteración o modificación¹⁹. La constitución quiso protegerse de la acción nociva del legislador común, para evitar que las leyes ordinarias, complementarias o delegadas, o igualmente las medidas provisionales²⁰ pudiesen contrariar sus disposiciones directa o indirectamente, expresa o implícitamente.

En síntesis, todas las manifestaciones normativas infra constitucionales deben, obligatoriamente, mantenerse respetuosas a los principios y reglas constitucionales, bajo pena de invalidez.

Pues bien, para proteger la constitución, para defenderla, para que el principio de la constitucionalidad permanezca íntegro, existen los sistemas de control de constitucionalidad.

IV) 1. Los sistemas de control de la constitucionalidad – aspectos generales-

Es extensa la literatura jurídica disponible sobre el tema en foco, quiera con relación a los sistemas de control, quiera en lo que dice a respecto de las características de cada uno de los modelos²¹. No vamos a descender a detalles de la evolución de los sistemas de control de constitucionalidad en los diversos países. Basta señalar el que hay de esencial en materia para, inmediatamente, entrar en la realidad brasileña.

Como muy bien apunta **Mauro Cappelletti**²², a pesar de la innegable contribución de los norteamericanos en la construcción del llamado “*judicial review of legislation*”²³, puesta en práctica por primera vez en el siglo XVIII y difundida después en el curso del siglo XIX, en otros Países de las dos Américas y, posteriormente, en otras partes del mundo, la tesis merece un reparo histórico.

Verdadero es de hecho, que antes de haber sido puesto en práctica el sistema norteamericano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, en los otros Estados -y me refiero, en particular, a los Estados de Europa- nada de semejante se había creado. La razón de esto es, de añadidura fácilmente comprensible si se piensa que, precisamente, con la Constitución norteamericana, se tuvo verdadera iniciación de la época del “constitucionalismo”, con la concepción de la *supremacy of the Constitution* con relación a las leyes ordinarias. La Constitución norteamericana representó, en síntesis, el arquetipo de las así llamadas Constituciones “rígidas” contrapuestas a las Constituciones “flexibles”, o sea el arquetipo de aquellas Constituciones que no pueden ser alteradas o derogadas, a través de leyes ordinarias, mas eventualmente, solamente a través de procedimientos especiales de revisión constitucional.

Es famosa, a ese respecto, y siempre citada la sentencia de la Suprema Corte (redactada por su *Chief Justice*, John Marshall), en la causa *Marbury versus Madison* de 1803, en la cual la alternativa entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles y la necesidad de escoger entre una y otra de las soluciones se encuentran enunciadas con insuperable claridad. Es evidente que o la Constitución prepondera sobre los

actos legislativos que con ella contrastan o el poder legislativo puede cambiar la Constitución a través de ley ordinaria. No existe término medio entre las dos alternativas. O la Constitución es una ley fundamental, superior y no mutable por los medios ordinarios, o ella es colocada en el mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y como estos, puede ser alterada a gusto del poder legislativo.²⁴

Mas, pondera **Capelletti**, con innegable acierto, que mucho antes, la gran civilización ateniense ya formulaba ese concepto, o la simiente de esa idea. El derecho ateniense, se distinguía, entre el *nómos*, esto es la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, o sea, para usar un término moderno, el decreto. En realidad, los *nómoi*, o sea las leyes, tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podría aproximar al de las modernas leyes constitucionales, y esto no solamente porque versaban respecto a la organización del Estado, más aún, porque modificaciones de las leyes (*nómoi*) vigentes no podrían ser realizadas a no ser a través de *un procedimiento especial*, con las características que, sin duda, pueden traer a la memoria del jurista contemporáneo, el procedimiento de *revisión constitucional*. Y además, era principio fundamenta ya en la época, que el decreto (*pséfisma*), cualquiera que fuese su contenido debía ser legal, sea en la forma, sea en la sustancia. Esto es, el debía, ser constitucional, o sea no podía estar en contraste con los *nómoi* vigentes (con las leyes *constitucionales* vigentes).

Es también **Mauro Cappelletti**, en la misma obra, quien advirtió que el poder de cambiar las leyes ya era retirado de los caprichos de la Asamblea Popular (Ecclesia) y que ya en Platón encontramos la idea por la cual la ley debe reproducir el orden divino, superior e inmutable, y no presentarse según los intereses mutables de los hombres o de las clases y, en Aristóteles, que consideraba la ley como norma por encima de las pasiones humanas y, significativamente, formulaba ya entonces la doctrina de la “supremacía de la ley” y de la ilegitimidad de la ley injusta.

De cualquier forma, se puede decir que *históricamente*, aún es posible referirse a la clásica contraposición de los dos sistemas de jurisdicción constitucional: el sistema norteamericano y el sistema europeo-kelseniano.²⁵

Por esta clasificación histórica, los sistemas de control de constitucionalidad son tres. El *político*, el *jurisdiccional* y el *mixto*. El *control político* es el que entrega la verificación de la inconstitucionalidad a órganos de naturaleza política, tales como: el propio Poder Legislativo, solución predominante en Europa en el siglo pasado; o un *órgano especial*, como el Presidium del Soviet Supremo de la ex- Unión Soviética, y el Conseil Constitutionnel de la vigente Constitución francesa de 1.958.

El *control jurisdiccional*, generalizado hoy en día, denominado *judicial review* en los Estados Unidos de América del Norte, es la facultad que las constituciones otorgan al Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de ley y de otros actos del Poder Público que contraríen, formal o materialmente, preceptos o principios constitucionales.

Por fin, el *control mixto* se realiza cuando la constitución somete ciertas categorías de leyes al control político y otras al control jurisdiccional, como ocurre en Suiza, donde las leyes federales quedan bajo el control político de la Asamblea Nacional, y las leyes locales bajo el control jurisdiccional.²⁶

Ya los sistemas constitucionales conocen dos criterios de control de la constitucionalidad: el *control difuso* (o jurisdicción constitucional difusa) y el *control acentuado* (o jurisdicción constitucional concentrada). Se verifica el primero cuando se reconoce su ejercicio a todos los componentes del Poder Judicial y el segundo, si fuera solamente otorgado al tribunal de cúpula del Poder Judicial o a una corte especial.²⁷

Se debe mientras tanto resaltar, un hecho poco señalado por la doctrina europea-se supone por su desconocimiento- según el cual, en Latinoamérica, mucho antes de la concepción kelseniana²⁸, como bien resalta **Allan R. Brewer - Carias**²⁹: “ En efecto, desde mediados del siglo pasado, muchos países latino-americanos habían adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad confiriendo a la Corte Suprema del país el poder para decidir la nulidad de las leyes. Deben señalarse los casos de Colombia y Venezuela que poseen un verdadero sistema concentrado de control de la constitucionalidad

desde 1850, en el cual la Corte Suprema ha tenido el monopolio de la anulación de las leyes. En Colombia, en 1991, este poder ha sido transferido a una Corte Constitucional. Debe señalarse también que, por lo general, los sistemas de control de la constitucionalidad que se han desarrollado en Latinoamérica durante los últimos 140 años, se han dirigido progresivamente hacia sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en los cuales coexisten el sistema difuso y el sistema concentrado. Este es el caso de Venezuela, Colombia y Guatemala, tal como se explicará más adelante. No obstante, algunos sistemas de América Latina permanecieron concentrados, como por ejemplo el de Uruguay y Paraguay donde la Corte Suprema de Justicia tiene una jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Y más adelante doctrina el maestro³⁰:

Hechas esas advertencias preliminares, podemos pasar directamente a la realidad brasileña.

IV. 3) El sistema brasileño actual (1988) de control de la constitucionalidad de las leyes – el método difuso de control de la constitucionalidad-

Brasil partió del sistema norteamericano, evolucionando para un sistema mixto y peculiar de control de constitucionalidad que combina *esencialmente*, como veremos, el criterio de control difuso por vía de excepción con el criterio de control concentrado por vía de acción directa de inconstitucionalidad.

Desde luego dejamos una nota. No vamos a tratar del control de inconstitucionalidad ejercido por el Poder Legislativo³¹, o igualmente de la posibilidad de incumplimiento de ley inconstitucional por el Poder Ejecutivo, temas muy interesantes, mas que escapan a nuestra propuesta de trabajo.

Nuestro foco de análisis, como alertamos desde el principio, es el control *judicial o jurisdiccional* en Brasil. Comencemos por el control de constitucionalidad por vía incidental, o por el método difuso, como usualmente lo denominamos en Brasil.

El control judicial *incidental* (o *vía de excepción*³²) de constitucionalidad, como vimos, integra la tradición constitucionalista brasileña.

La apreciación de inconstitucionalidad de una ley o de un acto del poder público y su decretación o no, según se apure o no la desinteligencia con la Constitución, se puede verificar o en un proceso común, en que la alegación es realizada dentro de una controversia jurídica, *entre partes* y para decidir determinada relación de derecho, o por medio de alegación directa, en vista a la apreciación específica de la constitucionalidad. Esta última posibilidad veremos en otro momento.

El primer camino, con origen en el sistema norteamericano es en Brasil denominado *alegación incidental de inconstitucionalidad* o *vía de defensa* o *vía de excepción* porque, originalmente, era reconocida como argumento a ser deducido por el *reo*, como fundamento para desobligarse del cumplimiento de una norma inconstitucional.

Posteriormente, se pasó a admitir también el mecanismo para el *autor* de una acción que igualmente, puede postular, en su pedido inicial o en algún momento del proceso, la declaración incidental de inconstitucionalidad de una norma, para que no tenga que sujetarse a sus efectos.

Con la evolución del control difuso, se admite hoy pacíficamente que, la cuestión de la inconstitucionalidad deberá ser suscitada por medio de incidente, cuya iniciativa corresponde a *cualquiera de las partes*, al Ministerio Público o a los miembros del órgano fraccionario³³, inclusive hasta de oficio en actos de competencia originaria o recursal.

Hoy se puede decir, que la alegación de inconstitucionalidad, por la *vía difusa* o de excepción, es efectiva no sólo como defensa, mas también por medio de diversas acciones de naturaleza constitucional, como en *habeas corpus*, mandatos de seguridad, acciones civiles públicas u otras acciones de procedimiento ordinario.

La inconstitucionalidad puede ser suscitada por las partes, por el Ministerio Público, pudiendo aún llegar a ser reconocida de oficio por juez (por cualquier juez) o Tribunal³⁴. En los Tribunales, dependiendo del voto

de la mayoría absoluta de sus miembros, o del respectivo órgano especial, como está previsto en el artículo 97 de nuestra Constitución Federal, - mayoría que también se aplica en el control concentrado, como veremos más adelante- independientemente de la alegación de la parte.

La primera nota que caracteriza el método difuso o la alegación incidental de inconstitucionalidad (*incidenter tantum*), perjudicial al examen de mérito, es exactamente la necesidad del caso concreto.

El procedimiento judicial, la controversia, la decisión, deben ser determinadas cuanto a personas, al objeto, a la relación jurídica a ser examinada, a los hechos. El Poder Judicial, en este caso, no deciden en abstracto, es preciso el caso concreto³⁵.

Poco importa el tipo de proceso o de acción en que la parte va a litigar. Lo que se exige es que haya un conflicto de intereses, una pretensión resistida o un acto concreto de una autoridad que esté por amenazar o perjudicar los derechos de la parte. El objeto del pedido no es el ataque a la ley en sí misma, mas la protección de un derecho que sería por ella afectado.³⁶

Luis Roberto Barroso³⁷ nos ofrece un ejemplo de la inconstitucionalidad de *norma tributaria* y el método difuso de control.

“Supóngase que un Municipio haya instituido un tributo sin observar el principio de la legalidad y que un contribuyente se tenga recusado a pagarlo. La autoridad municipal, entonces, lo actuará, inscribirá la deuda e instaurará un proceso de ejecución de su crédito tributario. El contribuyente en su defensa, podrá ofrecer embargos de deudor o a la ejecución, argumentando que la cobranza es fundada en ley inconstitucional. El objeto de esa acción de embargos es determinar si el tributo es debido o no. Todavía, para formar su convicción, el juzgador tendrá que decidir previamente, si la ley que creó el tributo es o no constitucional. Esta es la cuestión prejudicial que subordina el raciocinio que él precisa desarrollar. Establecida la premisa lógica de decisión, él juzgará el mérito, condenando el contribuyente al pago o exonerándolo de realizarlo, de acuerdo a que haya considerado la ley válida o inválida. Y más adelante observa:

“hacen parte de la rutina forense, por ejemplo, mandados de seguridad en los cuales el contribuyente busca preventivamente eximirse del pago de un tributo instituido por ley cuya constitucionalidad es cuestionable. O de *habeas corpus* interpuesto bajo el fundamento de que la autoridad basa la persecución penal en dispositivo (o en interpretación que a él se da) inconstitucional”.

La segunda nota que caracteriza el control trata respecto a los *efectos de la decisión*. Como regla general, los efectos de cualquier sentencia valen *solamente para las partes* que litigan en juicio, no ultrapasan los límites establecidos en la demanda.

Otra cuestión trata respecto a qué tipos de normas pueden ser objeto de control incidental de constitucionalidad. El puede ocurrir con relación a normas emanadas de los tres niveles de poder, de cualquier jerarquía, inclusive anteriores a la constitución.

El Poder Judicial, federal o estadual, ya que no existe poder judicial municipal en Brasil, podrá dejar de aplicar, si considera la norma incompatible con la Constitución, ley federal, estadual o municipal, así como cualquier acto normativo, aunque secundario, como el reglamento, la resolución o la orden. Es por lo tanto bien amplia la posibilidad de control en esa vía, lo que no ocurre con la misma intensidad en el control concentrado que tienen sus particularidades, como veremos más adelante.

Como afirmamos, cualquier juez o Tribunal puede conocer la alegación de inconstitucionalidad en cualquier grado de jurisdicción y en cualquier acción, mas es interesante observar como la materia constitucional, *en el control difuso*, llega a los Tribunales Superiores, o aún al Supremo Tribunal Federal.

Por la estructura constitucional de competencias, en Brasil, la parte puede recorrer todo el Poder Judicial y su acción llegará, mediante recurso voluntario al Supremo Tribunal Federal. En esa vía, la parte allá llegará, si interpusiera el competente *recurso extraordinario*³⁸ previsto en el art. 102. III, de la Constitución brasileña.

También por la sistemática procesal brasileña, es posible que la parte tenga que valerse –para llegar al Supremo Tribunal Federal- de otros caminos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la cuestión constitucional, y por lo tanto la violación a la Constitución sea detectada en algún momento en el curso de la acción. Ocurrida esta hipótesis es preciso verificar que tipo de recurso detenta la parte para realizar su impugnación de modo que la materia pueda llegar inclusive al Supremo Tribunal Federal. Llegando la causa al Supremo Tribunal Federal, *por el control difuso*, este Tribunal, al juzgarla, trata de reconocer o no, la inconstitucionalidad.

No obstante, el Supremo Tribunal Federal debe comunicar la decisión al Senado Federal que, en el sistema brasileño, es el órgano competente (art. 52, X de la CF), para que por intermedio de una Resolución, suspender en su totalidad o en parte, la ejecución de la norma declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

En el momento en que la sentencia declara que la ley es inconstitucional, en el control difuso realizado incidentalmente, produce efectos pretéritos alcanzando la ley desde su edición, tornándola nula de pleno derecho. Produce por lo tanto, de norma, efectos retroactivos.

La pronunciación de nulidad de la norma debe acogerla desde su nacimiento (naturaleza declaratoria), limitándose a reconocer un vicio pre-existente. Al reconocer la norma como inconstitucional, el juez debe eficacia retroactiva a la decisión, por lo tanto, *ex tunc*.

Veamos más detenidamente la cuestión de los efectos de la decisión en la vía incidental.

IV.4) Los efectos de la decisión en el control difuso de la constitucionalidad (vía de excepción)

Como vimos, el control incidental de constitucionalidad es ejercido en el desempeño regular de la función jurisdiccional. Instaurando un proceso, por iniciativa del autor y posteriormente a la citación del reo, cabe al juez oír los argumentos de las partes y, observando el debido proceso legal, producir una sentencia que ponga término al litigio. Un proce-

so de conocimiento típico resultará en el pronunciamiento de una sentencia de mérito, por vía de la cual el órgano judicial aceptará o rechazará, en su totalidad o en parte, el pedido formulado³⁹.

Transitada en juzgado, la decisión, esto es, no siendo más impugnabile por vía de recurso, ella se reviste de la autoridad de la cosa juzgada. Su eficacia subjetiva, mientras tanto, es limitada a las partes del proceso, sin afectar terceros (Código de Proceso Civil, artículo 473). Por otra parte, el objeto de la causa es demarcado por el pedido formulado, no pudiendo el pronunciamiento judicial extenderse más allá de el mismo. Por lo tanto, la eficacia de la cosa juzgada es limitada a lo que fue pedido y decidido, siendo ciertamente que es la parte dispositiva de la sentencia (art. 458 del Código de Proceso Civil) en el cual contiene la resolución de las cuestiones puestas, que recibe la autoridad de la cosa juzgada.

El derecho brasileño siempre situó la norma inconstitucional en el campo de la nulidad, inclusive por influencia de la doctrina norteamericana (*is as though it never existed*). Ley inconstitucional es ley nula, es ley sin efecto y no apenas anulable⁴⁰.

De ese modo, tanto el derecho brasileño, como el americano, en este particular aspecto de la declaración incidental de inconstitucionalidad, pasa, para el caso concreto, la nulidad del acto y, por eso, la decisión judicial fulmina la relación jurídica fundada en el acto viciado desde su nacimiento, continuando la ley, todavía, vigente y produciendo efectos con relación a otras situaciones, a menos que, del mismo modo, haya la provocación de tutela judicial por los interesados⁴¹.

Juzgada la acción, en esta *vía incidental*, por el Supremo Tribunal Federal⁴² y, reconocida la inconstitucionalidad por el Poder Judicial, surge otro actor en ese escenario. Como vimos, el artículo , X de la Constitución Federal, dispone que compete específicamente al Senado Federal suspender la ejecución en todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, por medio de Resolución.

¿Cual es la razón de la competencia? La explicación lógica de su participación en ese proceso dice a respecto de la extensión de los efec-

tos de la decisión. Como la decisión, en el *contrl difuso sólo alcanza las partes*, el mecanismo tuvo el objetivo histórico, desde 1934, de prevenir la reproducción de demandas idénticas o similares⁴³. De ese modo, se justificaría la participación del Senado Federal en el control difuso, pues la finalidad de la suspensión de la ley declarada inconstitucional pretende verificar efectos *erga omnes* a una decisión que vale apenas para las partes litigantes⁴⁴.

Existen diversas controversias doctrinarias sobre la naturaleza y del alcance de esa competencia del Senado Federal. Se discute cuando el carácter vinculado o discrecional del acto practicado por el Senado, si hay plazo para el ejercicio de esa competencia; la extensión de su competencia – que tipos de actos normativos- pueden o deben ser suspendidos por la Resolución, y finalmente cuales son los efectos de esa decisión.

No es el caso de entrar a fondo en cada una de esas polémicas cuestiones. Basta señalar la posición que adoptamos y porqué la defendemos.

Preliminarmente, con relación al carácter vinculado o discrecional de la decisión del Senado Federal. Hay quien entiende, como **Celso Ribeiro Bastos**, que corresponde al Senado Federal examinar *apenas* si ocurren los presupuestos constitucionales de la declaración de inconstitucionalidad, no pudiendo a pesar de todo, omitirse a la suspensión de la ley declarada inconstitucional por el Supremo, desde que sean verificados los requisitos para ello.⁴⁵

Ya para corriente diversa, no puede el Senado, tener un papel de mero refrendador de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, correspondiéndole evaluar, política y jurídicamente –criterio de conveniencia y oportunidad- por lo tanto, de discrecionalidad, si y cuando suspende la norma juzgada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

Creemos que cualquier interpretación constitucional no puede ser hecha de modo de vaciar el contenido de cualquiera de sus prescripciones. No caben dudas respecto del papel del Supremo Tribunal Federal, de

guardián principal (no exclusivo), de la Constitución. De esta forma, hay que destacar la *jurisdicción constitucional*, dándole valor y eficacia a sus decisiones.

Mientras tanto, es la misma Constitución que atribuye competencia al Senado Federal para: “suspender la **ejecución**, en todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”. Nos parece que el Senado no está obligado a suspender la ejecución de la ley en la misma extensión de la declaración efectivizada por el Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que existe discreción del Senado al ejercitar esa competencia. Se trata sí de acto discrecional – no arbitrario-. El Senado evalúa la conveniencia y la oportunidad de la suspensión de la eficacia del acto normativo tachado de inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal. De esta forma, puede dejar de determinar, o aún postergar, a su exclusivo criterio, la suspensión.

Además, los ejemplos existen en ese sentido. En ocasión del juzgamiento por parte del Supremo Tribunal Federal de la inconstitucionalidad del FINSOCIAL, en el Recurso Extraordinario número 150.764-1, el Senado entendió que la suspensión acarrearía “profunda repercusión en la vida económica del país, notadamente en momento de acentuada crisis del Tesoro Nacional y de la congregación de esfuerzos en sentido de la recuperación de la economía nacional”, postergando la suspensión de la decisión y por lo tanto, del pretendido efecto *ergas omnes*.

En cuanto a las otras cuestiones remanecientes, no parece haber tanta polémica. A pesar de que el término “ley” previsto en el artículo 52, X, la interpretación del dispositivo ha sido extensiva, para incluir todos los actos normativos de cualquiera de los tres niveles de poder, el Senado también suspende, por lo tanto, actos estatales y municipales juzgados inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal en sede de control difuso.

Finalmente, con relación a la *atribución de efectos* a la suspensión del acto normativo **por el senado**, también hay fuerte polémica doctrinaria. Entendemos que a partir de la suspensión realizada por el

Senado es que la **ley** pierde su eficacia, lo que nos lleva a admitir su carácter constitutivo. La ley, hasta aquel momento existió y, por lo tanto, obligó, creó derechos, deberes, con toda su carga obligatorial. Por lo tanto, la decisión tiene efectos *ex nunc*, ya que la decisión del Senado implica suspensión de la eficacia del acto normativo y no de su revocación.

Mientras tanto, y para finalizar ese tema, es preciso reconocer, como lo hace con acierto **Luís Roberto Barroso**, que toda esa discusión del papel del Senado en el control difuso perdió mucha de su fuerza. Esto porque, con la creación de la acción genérica de inconstitucionalidad, a partir de 1965 y con las sucesivas alteraciones en el control de la constitucionalidad, operadas a partir de 1988. con la Constitución, y posteriormente, con sus diversas Enmiendas Constitucionales, una decisión del Supremo Tribunal Federal, sea en control incidental, sea en el control abstracto (concentrado), debe tener, en la práctica, “el mismo alcance y producir los mismos efectos”.

Es decir que, aunque podamos reconocer el mantenimiento y la subsistencia formal del método difuso de control de la constitucionalidad en Brasil, con la introducción y el fortalecimiento del control concentrado —que veremos a continuación— realizada esa opción legislativa, parece lógico que las decisiones del Supremo Tribunal Federal terminen prevaleciendo en el tema de la inconstitucionalidad y que operen con la máxima eficacia en el sistema⁴⁶.

Afirma **Luís Roberto Barroso**⁴⁷:

“ Una decisión del Plenario del Supremo Tribunal Federal, sea en control incidental o en acción directa, debe tener el mismo alcance y producir los mismos efectos. Respetada la razón histórica de la previsión constitucional, desde su institución en 1934, ya no existe más razón lógica aceptable en su mantenimiento. También no parece razonable y lógico, con la venia debida de los ilustres autores que profesan entendimiento diverso, la negativa de efectos retroactivos a la decisión plenaria del Supremo Tribunal Federal que reconozca la inconstitucionalidad de una ley. Sería un exceso, una violación al principio de la economía procesal,

obligar uno de los legitimados del artículo 103 a proponer acción directa para producir una decisión que ¡ya se sabe cual es!.

Por evidente, el reconocimiento de la inconstitucionalidad, sea en el control abstracto, sea por la extensión de los efectos de la decisión en concreto, no afecta, directa y automáticamente todas las situaciones pre-existentes. En nombre de la seguridad jurídica, de la justicia o de otros valores constitucionales, habrá hipótesis protegidas por la cosa juzgada, por la buena fe, por la prescripción o decadencia u otros bienes e intereses que impongan ponderación como ya es admitido por la jurisprudencia del supremo Tribunal, aún antes de las innovaciones legislativas que permitieron la declaración de inconstitucionalidad sin el pronunciamiento de nulidad”

Mas el lector, sobre todo extranjero, debe haberse preguntado. Al final, ¿cómo decide el Poder Judicial, especialmente el Supremo Tribunal Federal brasileño cuando, *en el control difuso*, juzga una norma inconstitucional, alejándose de la aplicación de las partes litigantes?

La respuesta es clara. Como regla general, se aplica integralmente la teoría tradicional. La decisión, vía de regla tiene eficacia **retroactiva**, recogiendo la ley en su naciente, es decir, los efectos son *ex tunc*.

Es lo que se ve de varios juzgados. Ilustrativamente veamos algunos sumarios:

- 1) En el Recurso Extraordinario 431996-AgR-Amazonas, Relator(*En un Tribunal, Juez que se encarga de relatar los incidentes de un proceso a sus pares*) el Ministro Carlos Velloso, juzgado el 30/08/2005, Segunda Circunscripción, donde se reconoció la inconstitucionalidad de una gratificación concedida en base a una ley estadual. Dice el Relator en el sumario juzgado “La ley inconstitucional nace muerta. *En ciertos casos*, no obstante, los efectos deben ser mantenidos, en obsequio, sobre todo al principio de la buena fe, se vieron convalidados por la CF/88”;
- 2) En el Recurso de Instrumento – AL 533800-AgR-RJ Relator el Ministro Eros Grau, juzgado el 16/08/2005, Primera

Circunscripción, donde se reconoció la inconstitucionalidad de la alícuota progresiva del IPTU⁴⁸ (Impuesto a la Propiedad Territorial Urbana), afirmando el relator de la decisión “la jurisprudencia de la Corte es firme en reconoce la inconstitucionalidad **retroactiva** de los preceptos atacados, imponiéndose, consecuentemente, la repetición de los valores pagos indebidamente”.

3) en el habeas Corpus nº 77734-SC, Relator el Ministro Néri da Silveira, juzgado el 4/11/1998, Tribunal Pleno, donde fue reconocida la inconstitucionalidad *incidenter tantum*, del párrafo único del artículo 11 de la Ley nº 9,636/1998, que trataba de la amnistía de delitos de omisión de repaso de contribuciones previsionales, por vicio formal, con eficacia *ex tunc*;

4) En la Acción Cautelar 661/MG, Relator el Ministro Celso de Mello, juzgado el 8/3/2005, Segunda Circunscripción, donde fue reconocida la inconstitucionalidad de la incidencia del ISS (Impuesto sobre Servicios) en el alquiler de vehículos automotores;

5) En el Recurso Regimental de Rio de Janeiro nº 474335, Relator el Ministro Eros Grau, juzgado el 30/11/2004, donde fue reconocida la inconstitucionalidad de la tasa de iluminación pública por ser hecho generador un servicio inespecífico, no mensurable, indivisible e insusceptible de ser referido a determinado contribuyente a ser costado por medio del proyecto de la recaudación de los impuestos generales. Efectos *ex-tunc*,

Resáltese que en determinadas hipótesis, marcadas por excepcionalidad, aún en el control *difuso* de constitucionalidad, es posible dar efectos *ex nunc* (pro futuro) a la declaración incidental de inconstitucionalidad.

Fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el Supremo Tribunal Federal, que en el Recurso Extraordinario nº226994-SP, Relator el Ministro Mauricio Corrêa, juzgado el 31/03/2004, donde se reconoció *exceso de poder de legislar* en un determinado Municipio, para declarar determinada norma municipal inconstitucional –por violación al principio de la razonabilidad e igualdad-. En el caso en examen, se reconoció la presencia de una excepcionabilidad “en que la declaración de nulidad, con sus efectos normales *ex tunc*, resultaría en grave amenaza a todo el sistema legis-

lativo vigente. Preponderancia del interés público para garantizar, **en carácter de excepción, efectos pro futuro** a la declaración de inconstitucionalidad.

Por fin, regístrese que la Ley 9.868, del 10.11.1999, que dispone sobre el proceso de juzgamiento de la acción *directa de inconstitucionalidad* y de la *acción declaratoria de inconstitucionalidad* ante el Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, *control concentrado abstracto de constitucionalidad*⁴⁹, prevé, en su artículo 27, un comando genérico al disponer⁵⁰:

Como vimos, el Supremo Tribunal Federal, en el control difuso de constitucionalidad, continua a afirmar la tesis de la nulidad de ley inconstitucional, abriendo excepciones cuanto a limitación de los efectos.

Ese tema es muy delicado y de difícil ecuación en un sistema como el brasileño que adopta un sistema mixto de control de la constitucionalidad donde conviven- no sin conflictos o problemas- ambos sistemas –el difuso y el concentrado-.

Aquellos que defiende la mitigación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad recuerdan que el mismo sistema norteamericano, el modelo de referencia de la nulidad de la ley inconstitucional admite, en casos determinados, hasta igualmente la pura declaración de inconstitucionalidad con efectos pro futuro.

Durante décadas el Supremo Tribunal Federal no admitía – salvo rarísimas hipótesis- limitar los efectos de la inconstitucionalidad en el control difuso. Más recientemente, sea en razón de algunos casos emblemáticos, sea en razón de la previsión de la ley 9868 que no cuida del control difuso, mas que enfrenta el problema; es cierto que comienza a esbozarse, si no una doctrina, una jurisprudencia incipiente que pretende institucionalizar esas excepcionalidades.

Es el que se ve, por ejemplo, del largo voto proferido en la Petición de Medida Cautelar 2859-MC-SP, juzgado el 6/4/2004, del Supremo Tribunal Federal, donde el Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, teje largas consideraciones acerca del problema, recordando que aún en el derecho norteamericano se admite tales limitaciones.

Suficiente, en lo esencial, las siguiente conclusiones:

1. El sistema difuso o incidental más tradicional del mundo pasó a admitir la mitigación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en casos determinados, acogió hasta la misma pura declaración de inconstitucionalidad con efectos exclusivamente por futuro;
2. El modelo difuso no se muestra incompatible con la doctrina de la limitación de los efectos;
3. Si el sistema constitucional legitima la declaración de inconstitucionalidad restringida en el control abstracto, esta decisión podrá afectar, igualmente, los procesos del modelo concreto o incidental de normas;
4. Es posible de ser adoptada la orientación del derecho portugués. Podrá el Supremo Tribunal Federal, teniendo en vista los propios fundamentos legitimadores de la restricción de efectos, podrá declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados, haciendo por lo tanto, la resalva de los casos ya decididos o de los casos pendientes hasta un determinado momento. Es lo que ocurre en el sistema portugués, donde el TC resalva, frecuentemente, los efectos producidos hasta la fecha de la publicación de la declaración de inconstitucionalidad en el Diario de la República o, aún, acrecienta en el dispositivo que son exceptuadas aquellas situaciones que estén pendientes de impugnación contenciosa;
5. Es posible que el Supremo Tribunal Federal, al apreciar el Recurso Extraordinario, declara la inconstitucionalidad con efectos limitados. Tal limitación derivaría –sería una consecuencia inherente al control judicial de constitucionalidad⁵¹,
6. Habiendo eventual conflicto entre el principio de la nulidad y el principio de seguridad jurídica, que entre nosotros tiene *status constitucional*, la solución de la cuestión ha de ser, igualmente llevada a efecto en un proceso de compleja ponderación.
7. El derecho brasileño jamás aceptó la idea que la nulidad de la ley importa en la eventual nulidad de todos los actos con base que en ella vengan a ser practicados;
8. Se concede protección al acto singular, en homenaje al principio de la seguridad jurídica, procediéndose a la diferenciación

entre el efecto de la decisión en el plano normativo y en el plano del acto singular mediante la utilización de las llamadas fórmulas de preclusión. De esta forma, los actos practicados con base a la ley inconstitucional que no se muestren susceptibles de revisión no son afectados por la declaración de inconstitucionalidad.

9. Razones de seguridad jurídica pueden obstar a la revisión del acto practicado con base en la ley declarada inconstitucional;

10. El principio de seguridad jurídica encuentra expresión en el propio principio del Estado de Derecho.

Por fin, afirma el Ministro en su voto:

“ Lo que importa señalar es que, consonantemente, la interpretación aquí preconizada, el principio de la nulidad solamente habrá de ser alejado si se pudiera demostrar, con base en una ponderación concreta que la declaración de inconstitucionalidad ortodoxa envolvería el sacrificio de seguridad jurídica o de otro valor constitucional materializable bajo la forma de interés social. Por lo tanto, el principio de nulidad continúa siendo regla también en el derecho brasileño. El alejamiento de su incidencia dependerá de un severo juicio de ponderación que, teniendo en vista el análisis fundado en el principio de proporcionalidad, haga prevalecer la idea de seguridad jurídica o de otro principio constitucional relevante, manifestado bajo la forma de interés social relevante”.

Para el lector extranjero parece interesante aún recordar –de paso– que en el sistema difuso de control de constitucionalidad en Brasil, son diversas las posibilidades para la parte discutir el tema.

Como ya alertamos, cualquier parte en cualquier grado de jurisdicción, ante cualquier juez en cualquier acción o tema puede ser suscitado. En tanto, existen algunas en que esa defensa es más común. Son las acciones más propicias a la defensa de los derechos donde de un lado encontramos la autoridad pública, practicando una ilegalidad o un abuso de poder.

Así, es de recordar, el **mandado de segurança**⁵², y el **mandado de injunción**⁵³, ambas acciones de naturaleza constitucional. Los dos

instrumentos están destinados a la garantía de derechos subjetivos concretamente considerados, sean ellos individuales o colectivos.

Por medio del mandado de seguridad, el impetrante busca protección contra acto o amenaza de acto ilegal de autoridad, lesivo de derecho garantizado por norma auto aplicable, mas que, en su entender está siendo irrespetada por el Poder Público.⁵⁴

En el mandado de injunción cabe al impetrante demostrar que la Constitución Federal le defirió un derecho, cuyo ejercicio está siendo obstado por la falta de la norma que lo reglamenta. Si el derecho proviene del artículo de la Constitución auto aplicable, o puede ser deducido con recurso a la analogía, no cabe mandado de injunción, mas mandado de seguridad.

Resáltese aún, que el mandado de seguridad *colectivo* (una especie de amparo) fue una conquista de la Constitución de 1988. Por su intermedio, ya interpretado según la visión de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia⁵⁵, los intereses defendidos –por las entidades de profesionales- deben ser típicos de la colectividad que componen la entidad profesional.

Así, v.g., la Orden de los Abogados (Colegio de Abogados), no tendría legitimidad para llevar ajuicio mandado de seguridad colectivo postulando eximir a todos los abogados de pagar impuesto de renta – obligación que no es específica de la clase profesional-, mas podría impugnar la validez de la tasa hipotéticamente incidente sobre la retirada de los autos de registros públicos,

También con relación a los partidos políticos, entiende la jurisprudencia de los Tribunales brasileños extendido el requisito de pertinencia. En este sentido el STJ, decidió al juzgar partido político carente de legitimidad para impetrar mandato de seguridad colectivo en favor de titulares de beneficios previsionales. Los intereses a ser defendidos –según el entendimiento jurisprudencial- deben ser atinentes a finalidades político partidarias.

No compactuamos con tal entendimiento. Como los partidos políticos son piezas fundamentales en la defensa de la democracia la juris-

prudencia podría haber sido amplia y generosa para reconocer en ellos un mayor espectro de legitimidad en la defensa de los llamados intereses difusos de la sociedad.

Existen aún casos raros, donde es utilizada la **acción popular**⁵⁶, también acción de naturaleza constitucional para impugnar, en casos concretos, asuntos *con reflejo constitucional*. Recordamos un caso de un contribuyente que inició juicio en acción popular en vista a anular acto del Gobernador del Estado de San Pablo, adonde éste había contemplado exclusivamente el sector de bares y restaurantes con amnistía fiscal referida a la deuda tributaria. Teniendo el ciudadano reputado este acto como inigualitario, ilegal por lo tanto, y causador de daño al erario público, propuso acción popular en materia tributaria con el objetivo de anular tal acto de amnistía fiscal.

Finalmente en el ámbito del control difuso, recordamos la utilización de la acción civil pública⁵⁷, de naturaleza infra constitucional, como instrumento adecuado e idóneo de control incidental de constitucionalidad, por la vía difusa, de cualesquiera leyes o actos del Poder Público, aún cuando impugnados frente a la Constitución de la República⁵⁸.

Pasamos ahora a verificar el control concentrado (abstracto) de constitucionalidad en Brasil.

V- La Fiscalización Abstracta de la Constitucionalidad en el Derecho Brasileño

Partiremos de la Constitución de 1988 para analizar el tema de la fiscalización abstracta de la constitucionalidad en el derecho brasileño.

En comparación con el régimen anterior (Constitución de 1967/1969) el tema sufrió gran evolución.

Como vimos, la Constitución de 1988 mantuvo el control difuso y concentrado de constitucionalidad, reforzando paulatinamente este último, amplió la lista de entes y órganos legitimados a provocar y proponer la acción directa de inconstitucionalidad, anteriormente competencia

exclusiva del Procurador General de la República. Además, previó la institución, en el ámbito estadual, la representación de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estaduais o municipales frente a la Constitución estadual (art. 125).

Ya, más recientemente, en razón de la aprobación de la Enmienda Constitucional número 45 de 2004⁵⁹, apso a considerar como legitimados para la acción declaratoria de constitucionalidad, los mismos sujetos que detienen legitimación para la acción directa de inconstitucionalidad.

Recordando, tenemos en el conjunto:

- a) acción directa de inconstitucionalidad (por acción o omisión)⁶⁰;
- b) acción declaratoria de constitucionalidad (introducida por la Enmienda Constitucional número 3, de 17-3-1993);
- c) la argumentación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), consecuente de la Constitución.

Veamos aisladamente cada una de las hipótesis.

1) Inconstitucionalidad por acción que ocurre con la producción de actos legislativos o administrativos que contraríen normas o principios de la Constitución Federal o de las Constituciones estaduais. Es lo que encontramos en los artículos 102, I, a; 103, párrafo 3º, 125, párrafo 2º, todos de la Constitución, siendo atacada mediante **acción directa de inconstitucionalidad (ADI)** por acción, federal o estadual.

Son legitimados para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador –General de la República, el Consejo Federal de la Ordem dos Advogados (Colegio de Abogados) de Brasil, partido político con representación en el Congreso nacional, confederación sindical o entidad profesional de ámbito nacional, la Meda de la Cámara Legislativa y el Gobernador del Distrito Federal.

El Supremo Tribunal Federal al analizar e interpretar el tema de la legitimación de los interesados en esta acción directa, firmó el entendimiento que algunos de ellos deben demostrar *interés* en la aludida acción, con relación a su *finalidad institucional*. Son ellos: a) confederación sindical o entidad profesional de ámbito nacional, b) Mesa de la Asamblea Legislativa y Gobernador del Estado. Considera el STF, esos autores interesados especiales, que deben demostrar el interés en la proposición de la acción relacionada a la finalidad institucional⁶¹. Ya los demás son legitimados universales y no necesitan demostrar pertinencia temática⁶².

Se trata de la clásica *acción directa de inconstitucionalidad*. Acción directa genérica, medio especial de provocación de la jurisdicción constitucional. Afirma **Clemerson Merlin Clève**⁶³, monografista del tema:

“ Se trata, no obstante, de acción que inaugura un “proceso objetivo”. Un “proceso” que se materializa del mismo modo que los demás, como instrumento de la jurisdicción (constitucional concentrada); por medio de él será solucionada una cuestión constitucional. No puede ser tomando, en tanto, como medio para la composición de una lid. Es que, siendo “objetivo”, no existe lid en el proceso iniciado por la acción directa genérica de inconstitucionalidad. No existe, al final, pretensión resistida. ..En vista de ello, en general, los legitimados activos de la acción directa no buscan, principalmente, con la provocación del órgano ejerciente de la jurisdicción constitucional concentrada, la tutela de un derecho subjetivo, mas sin la defensa del orden constitucional objetivo (interés genérico de toda colectividad)”.

Lo que se busca a través de la acción directa de inconstitucionalidad genérica es el control de constitucionalidad del acto normativo en tesis *abstracto*, marcado por la *generalidad, impersonalidad y abstracción*, al contrario del que ocurre en el control difuso, como ya lo hemos visto.

En la acción directa, cabe al autor apuntar los actos infra constitucionales que considera inconstitucionales, incompatibles con la Constitución y las normas constitucionales frente de las cuales están siendo cuestionados, con las respectivas razones.

Anota **Barroso**⁶⁴ que como regla general el Supremo Tribunal Federal adopta el entendimiento de que no puede extender la declaración de inconstitucionalidad al dispositivo que no haya sido impugnado, aún que los fundamentos sean los mismos. No obstante, el tribunal no está adscrito a los argumentos invocados por el autor, pudiendo declarar la inconstitucionalidad por fundamentos diversos de los invocados en la petición inicial.

En cuanto a los límites del papel a ser desempeñado por el tribunal, el conocimiento convencional es en el sentido de que él sólo puede actuar como legislador *negativo* –paralizando la eficacia de una norma existente- mas no como legislador *positivo*, innovando en el ordenamiento jurídico por la creación de norma anterior inexistente. Por esta razón, (**Barroso**) informa que el Supremo Tribunal Federal no admite declarar la inconstitucionalidad de partes de la norma legal, cuando de eso pueda resultar la subversión de la reglamentación que el legislador pretendía dar al asunto.

Se busca, en el control concentrado, atacar leyes y actos normativos que se muestren incompatibles con el sistema constitucional. Leyes de toda especie, tomando el término en su sentido amplio, (Enmiendas a la Constitución⁶⁵, leyes complementarias, ordinarias, delegadas, decretos de urgencia, decretos legislativos, resoluciones). Actos normativos, deliberaciones administrativas, deliberaciones del Poder Judicial, resoluciones del Poder Público, etc.⁶⁶

Con relación al tratado internacional, la regla brasileña en materia de integración de tratados al derecho interno –esculpida fundamentalmente en la jurisprudencia del STF- venía consagrando, hasta el advenimiento de la Enmienda Constitucional número 45, y a pesar de los cuestionamientos de la doctrina, el entendimiento de que, a la excepción de los denominados *acuerdos ejecutivos*, el tratado, que debe ser necesariamente aprobado por el Congreso Nacional, por vía de edición de decreto legislativo, produce efectos internamente a partir de la vigencia señalada en el decreto de promulgación de la autoría del Presidente de la República y que una vez en vigor en el territorio nacional, se incorpora automáticamente al derecho brasileño, equiparándose, en el plano de la

jerarquía de las normas jurídicas, a la **ley interna**, tomada en su sentido estricto, sin la necesidad de edición edición de nueva ley interna destinada a reproducirle el contenido, y no verificando ninguna distinción jerárquica entre diferentes tipos de tratado⁶⁷.

Siendo así, los tratados y convenciones internacionales son incorporados al ordenamiento jurídico interno con el *status* de ley ordinaria. Consecuentemente, se sujetan al principio de supremacía de la Constitución y a la eventual declaración de inconstitucionalidad, que recaerá, en verdad sobre los *decretos de aprobación y promulgación*. El tratado y la convención, en sí mismo, por ser actos de naturaleza internacional, no dejan de vigorar ni son considerados nulos.

Esa realidad, *en parte* llegó a ser modificada con la Enmienda Constitucional número 45, que alteró el párrafo 3º, del artículo 5º de la Constitución brasileña⁶⁸. Se establece la clara posibilidad de que tratados en materia de derechos humanos tengan equivalencia con enmienda constitucional, pudiendo en adelante acarrear, el agregado de nuevas normas al sistema de la Constitución, o aún la derogación de normas que en el figuren.

En esas hipótesis hay un contencioso constitucional que no era, de regla, posible en el régimen anterior en esta extensión y grado. Los tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos equivalen a las enmiendas constitucionales y pueden por lo tanto ser objeto de control de constitucionalidad.

2) Inconstitucionalidad por omisión legislativa ocurre por la falta de medida para tornar efectiva la norma constitucional, prevista en el artículo 103, párrafo 2º, de la Constitución, siendo atacada por la **acción directa de inconstitucionalidad (ADI)** por omisión, también federal o estadual.

Trátase de acción recogida por la Constitución de 1988, inspirada claramente en la Constitución Portuguesa (art. 283). La idea fuerza que anima la inconstitucionalidad por omisión es la conocida ineficiencia del legislador infraconstitucional que por inercia también puede cometer

inconstitucionalidad. Pretende el remedio corregir la grave deficiencia, por todos conocida de la falta de eficacia de las normas constitucionales. Pretendía acortar las distancias entre las normas constitucionales y sus destinatarios finales – el pueblo en última instancia-

Lamentablemente, también como ya observamos con relación al mandato de injunción⁶⁹, el Supremo Tribunal Federal, muy sujeto a una visión ortodoxa y estanco del principio de separación de poderes siempre comprendió y aplicó mal esta acción, evacuandola en todas las sus reales potencialidades⁷⁰

Resaltamos que la omisión referida por la Constitución es la omisión tradicional, también llamada de total, cuando ninguna providencia es adoptada. Además de ella, entiende también el Supremo Tribunal Federal que ocurre inconstitucionalidad por omisión cuando hubier cumplimiento, insatisfactorio o imperfecto de las tareas designadas por el constituyente originario al legislador, encuadrándose ahí la existencia de norma imperfecta, o sea, la norma existe, fue creada, pero lo fue de modo incompatible, deficiente, inadecuado.

3) La acción declaratoria de constitucionalidad

La presente acción fue traída por la Enmienda Constitucional número 3, de 17 de marzo de 1993 y causó gran debate en la doctrina de la época en que fue incorporada a la Constitución de 1988⁷¹.

Segun **Luis Roberto Barroso**, su creación se debió a la constatación de que, sin embargo de presunción de constitucionalidad que acompaña los atos normativos del Poder Público, esa cuestión tornose controvertida en una variedad de situaciones. Se previó así, um mecanismo por lo cual se postula al Supremo Tribunal Federal el reconocimiento expreso de la compatibilidad entre determinada norma infraconstitucional y la Constitución, en hipótesis en las cuales ese punto tenga se tornado objeto de interpretaciones judiciales conflictivas. Trátase de una ratificación de la presunción 77.

Recuerda **Ricardo Lobo Torres**⁷² que la acción declaratoria de constitucionalidad, que no encunetra paralelo equivalente en el derecho

comparado, tiene dirección inequívocamente tributario, como se puede concluir da observación de que hasta hoy el único caso a que se aplicou fue o da legitimidad de la cobranza da Cofins. Dice el jurista. “Esa preocupación con la cuestión tributaria surgió exactamente del caos vivido por la Justicia en los años inmediatamente posteriores a 1988, con la acumulación de acciones sobre la inconstitucionalidad de diversas contribuciones sociales, casi todas precedidas de depósito judicial para garantizar los mismos efectos económicos de la restitución, con incalculable perjuicio para la Hacienda Pública. Al revés de buscarse la solución en la vía de la deficiencia de la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, que inexistente en el derecho positivo brasileño⁷³, se prefirió la creación de lo esdrújulo instrumento. Es tan así que el Ministro Sepúlveda Pertence, en el juzgamiento que declaró la inconstitucionalidad de la contribución social de los autónomos observó: “Por otro lado, para situaciones como la de esta ley, cuya constitucionalidad fue objeto de discusión judicial desde el principio, la Enmienda Constitucional número 3 ya dotó al Ejecutivo de un mecanismo hábil de lo contrario el fisco sorprendido, mucho tiempo después, por una declaración de su validez o invalidez con eficacia *erga omnes*: y la acción declaratoria de constitucionalidad.”

Seguimos vislumbrando en la acción declaratoria de constitucionalidad un instrumento peligroso y anacrónico. Además, para el bien de la verdad, con honrosas excepciones el problema naturalmente no está *exclusivamente* en la acción, y en sus señales cambiadas, o hasta en la tentación de dar efecto vinculado inmediato a todas las acciones en que los interesados del Tesoro estén en disputa o “amenazados”, pero en el momento en que el es ofrecido, y por otro lado, quien lo ampara y juzga, el Supremo Tribunal Federal. Nuestro temor es de ser identificado en el Tribunal juzgador. Y aquí el riesgo es inherente a la paulatina opción y refuerzo del control concentrado de constitucionalidad.

Ya se dice con razón que la responsabilidad de un Tribunal Constitucional o de un Tribunal de cúpula del Poder Judicial que detenga las mismas competencias de un verdadero Tribunal Constitucional- en los moldes europeos- es inmensa. El error judicial o la interpretación infeliz de la Constitución tiene, evidentemente, un precio muy elevado⁷⁴.

No se sabe si por mera coincidencia o no, pero el hecho es que toda las raras veces en que fue activado el mecanismo de la acción declaratoria de constitucionalidad- que supone exactamente duda, divergencia de interpretaciones en todo el País acerca de una ley e innumerables procesos tratando del mismo tema⁷⁵, a excepción de la primera vez, todos los demás juzgamientos fueron, de algún modo y extensión, más favorables a las pretensiones del Poder Ejecutivo⁸⁰ y en detrimento de la ciudadanía⁸¹

Como muy bien alertó el jurista Lenio Luiz Streck⁷⁶ “aunque la ley 9.868/99 establezca la ambivalencia da ADC con la ADI, existen nítidas diferencias entre las acciones. Tal exigencia se impone, bajo pena de la acción declaratoria de constitucionalidad transformarse en una acción de control preventivo de constitucionalidad, mecanismo no previsto por el legislador constituyente de 1988, y que, en las Constituciones de España y de Portugal es reservado para situaciones especiales. Agréguese, por relevante, que, frente al carácter convocatorio que ADC asume, como se verá más adelante, la no exigencia de controversia anterior resultaría por descaracterizar el sistema de control de constitucionalidad brasileño.

Más que un problema atinente a un tipo de acción genérica de control de constitucionalidad, la materia dice respecto a la crisis del sistema híbrido del control de constitucionalidad de las leyes en Brasil.

El hibridismo de nuestra jurisdicción constitucional que dá un alto grado de complejidad, sofisticación y originalidad, en la medida en que autoriza a todo y cualquier magistrado ejercer, en un caso concreto, el juicio de censura a un largo conjunto de autoridades, partidos políticos y entidades de la sociedad civil, buscar, junto a un órgano especial, el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

No obstante hay problemas derivados de esa conjugación, como bien alerta **Oscar Vilhena Vieira**⁷⁷, “pues no contando el sistema jurídico brasileño, con el principio del stare decisis, existente en el mundo del common law, queda muy vulnerada la autoridad de los tribunales superiores, especialmente el del Supremo Tribunal Federal. Al declarar la constitucionalidad de una ley, en una acción directa de inconstitucionalidad, o en un recurso extraordinario, el Supremo Tribunal Federal no cuenta con

la fidelidad de los demás órganos del poder Judicial, como ocurre, por ejemplo en los Estados Unidos. Lo que lleva al Supremo Tribunal Federal a una sobrecarga de demanda recursal. Agréguese a esto el hecho de que en el actual sistema las condiciones de admisibilidad de un recurso son objetivas. De esta forma, todos aquellos recursos que llenaron los requisitos legales deberán ser apreciados independientemente de su relevancia. Esas dificultades mecánicas, (en tanto), no deben esconder un problema estructural al cual se somete nuestro sistema de control de constitucionalidad, que es la cantidad despropositada de agresiones al texto constitucional. No habría sobrecarga de demandas de nuestra jurisdicción constitucional, si no hubiera exceso de producción de medidas inconstitucionales.... Todos esos factores: arbitrio legislativo, falta de autoridad de los tribunales superiores y falta de selectividad por parte del Supremo Tribunal Federal a respecto de lo que será o no por él juzgado-libertad que no le es dada por la propia Constitución- , contribuyen sensiblemente para una situación de crisis de nuestra jurisdicción constitucional, lo que impide al Supremo de desempeñar de forma más adecuada sus atribuciones propiamente constitucionales.... Y más adelante dice: "Las propuestas para la solución de esa crisis, lamentablemente, no parecen las más adecuadas, pues, en la mayor parte de las veces, buscan aumentar el grado de concentraciones de la jurisdicción constitucional en las manos del Supremo Tribunal Federal, estrangulando una de las más democráticas y vitales instituciones de nuestro derecho constitucional, que es el control difuso, ejercido por todos los órganos del poder judicial brasileño.

Em um país que prima por la falta de respeto sistemática a la Constitución, suprimir instancias de control de poder no parece algo sensato, a no ser que el objetivo sea exactamente libertar las instancias gubernamentales del yugo de la Constitución ⁴⁷⁸.

Seguimos defendiendo nuestra visión, según la cual, la opción por un esfuerzo paulatino del método concentrado, en el Supremo Tribunal Federal vienen sendo realizados en detrimento, o mejor, de aniquilamiento de nuestra vasta experiencia histórica de controladores difusos de la Constitución.

Habría sido menos traumática la opción por la continuidad del control concentrado con efectos erga omnes, las decisiones del Supremo Tribunal Federal y, en el control difuso, la opción por la atribución de mera eficacia interpartes a los juzgamientos con apenas algunos ajustes. Aunque en el plano formal las cosas parezcan continuar de esa forma, la introducción del efecto *vinculante*, que ya está siendo interpretado como una opción que puede ser accesada – en algún momento – sea en el control difuso- sea en el concentrado – acaba por sofocar toda nuestra historia constitucional, exitosa y original en la temática⁷⁹.

Al contrario de la tradición europea que hizo una opción clara por Tribunales Constitucionales, en Brasil cualquier juez de derecho de primer grado de jurisdicción puede dejar de aplicar una ley, si la entiende inconstitucional. Las críticas que a lo largo del tiempo vienen siendo hechas al control difuso en Brasil, dicen respecto a su existencia desacompañada de cualquier mecanismo de extensión de los efectos de las decisiones. Toda y cualquier solución, nos parece, no puede (o no debería), prescindir de la experiencia del control difuso que es riquísima. Es a través de él que se permite llegar a un proceso de “filtración constitucional” (**Streck**).

Nuestra historia constitucional, em esse aspecto particular, está más próxima del modelo portugués, donde el control difuso es mantenido hasta hoy, y que no corresponde a un monopolio de hecho a las decisiones de cúpula del Poder Judicial, atemperando todo lo posible ambos sistemas.

José Afonso da Silva⁸⁰ también nos ofrece una posición crítica con respecto a la materia. Afirma el renombrado profesor: “Brasil siguió el sistema norteamericano, evolucionando para un sistema mixto y peculiar que combina el criterio del control difuso por vía de defensa con el criterio del control concentrado por vía de acción directa de inconstitucionalidad, incorporando también ahora tímidamente la acción de inconstitucionalidad por omisión. La otra novedad está en haber reducido la competencia del Supremo Tribunal Federal a la materia constitucional. Eso no lo convierte en Corte Constitucional. Primero porque no es el único órgano jurisdiccional competente para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya que el sistema perdura fundado en el criterio difuso, que autoriza a

cualquier juez a reconocer perjudicial de inconstitucionalidad, por vía de excepción. Segundo, porque la forma de reclutamiento de sus miembros denuncia que continuará a ser un Tribunal que examinará la cuestión constitucional con criterio puramente técnico jurídico, principalmente porque como Tribunal, que además será, de recurso extraordinario, el modo de llevar a su conocimiento y juzgamiento las cuestiones constitucionales en los casos concretos, su preocupación, como es norma en el sistema difuso, será dar primacía a la solución del caso y, si es posible, sin declarar inconstitucionalidades.

Es cierto que el art. 102 dice que a él compete, principalmente, la guarda de la Constitución. Pero no será fácil conciliar una función típica de guarda de valores constitucionales (pues, guardar la forma o apenas técnicamente es falsear la realidad constitucional) con su función de juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia (base del criterio del control difuso), cuando ocurra una de las cuestiones constitucionales enumeradas en las líneas del inc. III del art. 102, que lo mantiene como Tribunal de juzgamiento del caso concreto que siempre conduce a la preferencia por la decisión de la lid, y no por los valores de la Constitución, como nuestra historia comprueba. No será, nótese debidamente, por culpa del Digno Tribunal, si no veniera a realizarse plenamente como guardião de la Constitución, mas del sistema que esta propia mantiene, prácticamente sin alteración, salvo la constitucionalidad por omisión y la ampliación de la legitimación para la acción derecha de inconstitucionalidad. Reducir la competencia del STF a la materia constitucional no constituye cambio alguno en el sistema del control de constitucionalidad en Brasil”.

Y más adelante acerca del efecto vinculante, dice:

Esta previsto en el párrafo 2º, del art. 102 acrecentado por la Enmienda Constitucional nº 45/2004, según la cual, “las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidades y en las acciones declatorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa, en las esferas federal, estadual y municipal”. Esa es una

providencia aceptable y conveniente. De cierto modo, ella solamente explicita una situación que es inherente a la declaración de inconstitucionalidad abstracta, porque esta declaración, una vez publicada, ya tiene, por naturaleza, el efecto de retirarle eficacia de la ley o acto normativo por ella fulminado. La declaración de constitucionalidad ya era así.

Una providencia que la reforma tendría que haber adoptado, porque racional, sería declarar, en una disposición simple, que leyes y actos normativos perderían la eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión definitiva que los tenga declarado inconstitucionales. Eso tanto para la declaración de inconstitucionalidad en acción directa como en vía incidental, dando, de esa forma, efecto vinculante en acción *erga omnes* a esa declaración solamente por sí, suprimiéndose en consecuencia, lo dispuesto en el inciso X, del artículo 52 de la Constitución. Quizás acá las sùmulas vinculantes tengan alguna cosa que hacer, si veniren antes de la suspensión, por el Senado Federal, de al eficacia de la ley o acto normativo declarado inconstitucional por el STF, porque después de la suspensión, será llover sobre mojado, ya que esta tiene efecto, precisamente, de dar efecto general y vinculante a las declaraciones de inconstitucionalidades en vía incidental. Por todas esas razones, se percibe que ese “mostruo” no es tan feo como parece, porque vá a realizar aquellos que ya derivan de propio juzgamiento de inconstitucionalidad”.

Lo que ciertamente la doctrina no esperaba, es que el Supremo Tribunal Federal, por medio de medida liminar en cautelar disponga por lo tanto de naturaleza provisoria tomada en juicio de mera probabilidad – afrontando a la Constitución de la República, pudiese suspender, con efecto vinculante, decisiones tomadas por todos los jueces y Tribunales del País, en claro confronto al artículo 97 de la Constitución que establece:

Recuérdese, aún el párrafo 2º, del artículo 102 que también establece: “Las decisiones **definitivas de mérito**, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones...producirán efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública...”

Es realmente cierto que el artículo 21 de la Ley 9868, establece que el Supremo Tribunal Federal, por decisión de la mayoría absoluta de

sus miembros, podrá diferir pedido de medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad, consistente en determinación de que los jueces y Tribunales suspendan el juzgamiento de los procesos que envuelvan la aplicación de la ley del acto normativo objeto de la acción hasta su juzgamiento definitivo.

Aún así, entendemos, aquí acompañando el jurista **Lenio Luiz Streck**, que la posibilidad de medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad no encuentra guarda en el texto de la Constitución. Solamente decisión de merito podría vincular el sistema. Como dice **Streck**: “Si el texto constitucional no previó la posibilidad de concesión de liminar, interpretación que exsurge facilmente al contrario *sensu*, no podría el legislador ordinario ir más allá del texto”.

Innumerables serian las observaciones aun acerca de esa polémica acción, pero creemos haber traído al lector extranjero los principales problemas, pudiendo inmediatamente pasar a otra acción.

4) La Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental

La Constitución de 1988 prevé, en su artículo 102, párrafo 1º, que la alegación de incumplimiento de precepto fundamental de ella devengada será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley.

Parece tratarse de una acción autónoma, insita al modelo concentrado de constitucionalidad de las leyes, aunque en ella esté también prevista una vía secundaria del control, destinada a reparar lesión al “precepto fundamental” resultante del acto del poder público⁸¹.

De hecho, advino la Lei n. 9.882, de 3 de diciembre de 1999, reglamentando la previsión constitucional. Examinado su texto, vamos verificar que tiene por objeto evitar o reparar lesión al *precepto fundamental* resultante del acto del Poder Público.

Aún prevé la Ley dos modalidades de alegación, a saber: a) la denominada alegación autónoma, que constituye proceso objetivo, debiendo ser utilizada cuando las acciones constitucionales no sean pro-

cedentes o se revelasen no idóneas para alejar o impedir la lesión a los preceptos fundamentales, sin cualquier otro proceso judicial anterior; b) la alegación incidental, paralela a un proceso judicial ya instaurado, y que surge en razón de ese mismo. Representa un mecanismo destinado a provocar la apreciación del Supremo Tribunal Federal sobre controversia constitucional relevante que esté siendo discutida en el ámbito de cualquier juicio o tribunal, cuando no exista otros medios idóneos para sanar la lesividad al precepto fundamental.

Afirma **Gilmar Ferreira Mendes**⁸² sobre el nuevo y inexplorado instituto que: “introduce profundas alteraciones en el sistema brasileño de control de constitucionalidad. En primer lugar, porque permite la anticipación de decisiones sobre controversias constitucionales relevantes, evitando que ellas tengan un desenlace definitivo después de largos años, cuando muchas situaciones ya se consolidaron al escalofrío de la “interpretación auténtica” del Supremo Tribunal Federal. En segundo lugar, porque podrá ser utilizado para -de forma definitiva y con eficacia general - resolver controversia relevante sobre la legitimidad del derecho ordinario preconstitucional frente a la nueva Constitución que, hasta el momento, solamente podría ver transitada mediante la utilización del recurso extraordinario. En tercero, porque las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal en esos procesos, en vista a la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante, proveeran la directriz segura para el juicio sobre la legitimidad o la ilegitimidad de actos de tenor idéntico, editados por las diversas entidades municipales”.

La ley que reglamenta la alegación de incumplimiento de precepto fundamental establece suposiciones generales para el conocimiento de esa acción. Preliminarmente ya afirma la Constitución que la alegación es procedente y tiene por objetivo, evitar o reparar lesión a *precepto fundamental*⁸³.

Surge la primer gran dificultad en prefijar ese concepto que no es extraíble sea de la Constitución (expresamente), sea de la legislación que reglamentó el instrumento.

Para algunos autores la expresión “*preceptos fundamentales*”, no obstante puede estar categorizada como amplios conceptos, alcanzarían

desde luego los llamados “principios fundamentales” expresos en el artículo 1º al 4º de la Constitución Federal. Es la posición de **José Afonso da Silva**, para quien la expresión “*preceptos fundamentales*” alcanzarían aquellos principios y otros: “todas las prescripciones que dan el sentido básico del régimen constitucional, como son, por ejemplo, las que apuntan para la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y especialmente las designativas de derechos y garantías fundamentales”⁸⁴.

La verdad es que la alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), aun no encontró su identidad en el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Brasil.

El máximo que podemos, en ese momento, decir sobre ella, puede ser resumido en las siguientes ideas o conceptos asentados por el Supremo Tribunal Federal, Tribunal a quién corresponda conferir el alcance de ese nuevo instituto de control:

“Es que la ADPF en vista a impugnar acto del Poder Público, con el objetivo de evitar o reparar lesiones a preceptos fundamentales previsto en la Constitución Federal. El manejo de esa acción, todavía, apenas se muestra posible, si no hubiera ningún otro medio eficaz de sanar la lesividad (párrafo 1º del art. 4º de la ley nº 9.888/99).

Ella ostenta una multifuncionalidad legal que me parece de dudosa constitucionalidad. Mientras tanto, como se encuentra pendiente de juzgamiento la ADI 2.231, propuesta específicamente, contra el facto de que hay decisiones plenas a valorizar los designios de la misma Ley nº 9.882/92, que tengo hecho Me he me rendido al principio constitucional de la presunción de validez de los actos legislativos, de modo a, en un primer instante, acatar el instituto de la ADPF así como positivamente determinado. Luego, la ADPF como mecanismo procesal apto a justificar tanto la abertura del proceso de control concentrado de constitucionalidades cuanto la instauración del proceso de control desconcentrado (comumente designado por “difuso” y en carácter “incidental”), ambos de índole jurisdiccional. Alcanzando en el mismo son, los actos del Poder Público editados ateriormente a la Constitución como los de edición a ella posterior. Más aún, sea los actos procedentes de la Unión y de los Estados, sea los

originarios de los Municipios brasileños. Y con la fuerza ambivalente, en fin, de reparar o hasta prevenir lesiones al tipo de enunciado normativo constitucional la que ella, ADPF, se destina salvaguardar.

Así, teniendo en vista el carácter acentuadamente objetivo de la alegación de inumplimiento, el juicio de subsidiaridad hay de tener en vista, especialmente, los demás procesos objetivos ya consolidados en el sistema constitucional. En ese caso, es procedente la acción directa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, no será admisible la alegación de incumplimiento. ADPF, Relator **Ministro Carlos Ayres Britto, 14/09/2005**⁸⁵.

VI) El control de constitucionalidad de la norma tributaria: una visión general

Ya vimos como ocurre el control de la constitucionalidad en Brasil, al menos en grandes líneas. Así, el control de constitucionalidad de la norma tributaria, forzosamente, tendrá que adaptarse a las normas que presiden el funcionamiento del control de la constitucionalidad en general. La restitución de cualquier tributo, reposa, en general, en tres suposiciones, cuales sean: a) que se trate de pago indebido; b) que no esté pendiente el derecho de pleitear la restitución; c) que el requeriente tenga legítimo interés económico- jurídico para pleitear la restitución.

En la práctica, consumado el lanzamiento- entendido este como acto final del procedimiento administrativo de verificación de la ocurrencia del acto generador de la obligación pecuniaria para con el Poder Público, identificación del sujeto pasivo y cálculo del monto del débito o antes de ese, necesitando el contribuyente o el administrador, de un modo general (en el caso de deuda no tributaria) ver declarada la existencia o modo de ser de la relación jurídica de débito, hay oportunidad a la discusión judicial en torno de la deuda fiscal⁸⁶.

Las acciones más utilizadas, en tales hipótesis, son la delcaratoria, la anulatoria de débito fiscal, la acción de consignación en pagos y el amaparo. Es evidente que otras son posibles, como ya aludimos en tópicos arriba mencionados.

No vamos examinar esas acciones, mas intentar conectar con cuanto se afirmó acerca del control de la constitucionalidad.

Como ya es posible concluir, no puede el contribuyente *aisladamente proponer acción directa de inconstitucionalidad*. Esto porque estaríamos en el método concentrado y abstracto de control de la constitucionalidad de las leyes y no es contribuyente individualmente considerado, legitimado a proponer aludida acción⁸⁷.

Es claro que al contribuyente individual son abiertas innumerables posibilidades como ya vimos anteriormente, en el control difuso de constitucionalidad de las leyes. La cuestión más intrincada trata a respecto de la conexión de ese último con el control concentrado. Es decir cómo ese último puede afectar el primero.

Por lo tanto, es evidente que, si alguna de aquellas legitimadas del control *concentrado* cuestionara alguna ley tributaria habría seguramente efectos sobre los contribuyentes individualmente considerados, o podrá haber. Eso porque en cuanto la acción directa no constituya una acción puesta a disposición del individuo, la eficacia *erga omnes* de la decisión o hasta su eventual efecto vinculante podrá alcanzar la situación jurídica individual del contribuyente “x” o “y” que no participó de aquella relación.

En general, es posible que la decisión del Supremo Tribunal Federal pueda retirar de la norma tributaria: a) solamente su validez; b) su validez y su vigencia futura; c) o solamente su vigencia futura.

Así, habrá una variedad de situaciones posibles⁸⁸.

De ese modo- aun estamos en el control concentrado- concedida medida liminar, suspendiendo la eficacia de dispositivos legales considerados de inconstitucionales, los efectos *ex nunc* de la medida tornan inviable, a partir de sus concesiones, el lanzamiento de crédito con base en norma *sub judice*, relativamente a los hechos generadores ocurridos a partir de entonces. Ya la ejecución fiscal de los créditos, cuyos hechos generadores sean anteriores a la suspensión liminar de la eficacia de la norma atacada, no restará obstaculizada.

Evidentemente, juzgada procedente la acción directa de inconstitucionalidad de norma tributaria, su consecuencia natural será, no solamente obstaculizar la constitución de nuevos créditos fundada en la misma norma declarada inconstitucional, como alcanzará los lanzamientos ya consumados, bien como el propio título ejecutivo eventualmente ya formado, impidiendo la propuesta o el seguimiento de la correspondiente ejecución.

El juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad o de la acción declaratoria de constitucionalidad puede ser por la constitucionalidad o por la inconstitucionalidad de la exacción tributaria, del tributo, o de la regla matriz de incidencia tributaria, para usar el lenguaje más técnico. Caso la decisión sea por la constitucionalidad, considerando los créditos tributarios ya constituidos, no hay mayores dificultades, pues no hay obstáculos a la proposición y regular inicio de la ejecución fiscal.

Cuando se tratare de decisión de inconstitucionalidad, y considerando inseridos en el sistema créditos tributarios, la cuestión se resuelve por el examen de las posibilidades y alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Quién trató, y muy bien del tema, fue **Robson Maia Lins**⁸⁹. Intentaremos resumir el pensamiento del autor en lo que nos presenta de más relevante para nuestro foco.

Cuando el Supremo Tribunal Federal decide con efecto vinculante y con eficacia *erga omnes*, decidiendo el mérito de la acción, en el control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes, no ocurre problema mayor, pues la decisión retira la vigencia futura (o vigencia) y, en algunas hipótesis la validez de la norma, haciendo con que todos los órganos del Poder (Ejecutivo y Judicial), deban pleno acatamiento a la decisión.

En suma, todo es de ser desecho, desde que no opere la extinción o la prescripción.

Caso que el Supremo decida que la norma es constitucional, ningún órgano del Ejecutivo o del Judicial puede dejar de aplicar la norma tributaria bajo el fundamento de su inconstitucionalidad.

Por otro lado, cuando es declarada inconstitucional, dos posibilidades son factibles: a) que sean mantenidos todos (o algunos) efectos del tributo puestos o a ser puestos en el sistema cuyos eventos tengan ocurrido hasta su “transito en juzgamiento o de otro momento que sea fijado; o b) que todos los efectos generados por el tributo declarado inconstitucional sean retirados del sistema jurídico positivo.

En la primera hipótesis, el STF, al declarar la inconstitucionalidad, retiró la vigencia futura (o vigencia) del tributo; en la segunda, retiró también su validez.

Por otro lado, cuando el STF permite que algunos o todos los efectos derivados del tributo permanezcan en vigencia jurídica, entonces tenemos que redimensionar el alcance del efecto vinculante de la decisión, ya que algunos (o todos) los actos normativos permanezcan en el sistema jurídico, aún ante una declaración de inconstitucionalidad con o sin pronunciamiento de nulidad.

En general, si el STF nada dice con respecto a los efectos, o mejor, no disciplina los efectos expresamente, la regla es que durante la vigencia de la norma inconstitucional, en principio deben ser mantenidos en el sistema jurídico. Es la fuerza de la teoría de la naturalidad absoluta que incide en la hipótesis con fuerza máxima.

Por lo tanto, cuando hubiera, *ex vi legis*, “excepcional interés social” o “razones de seguridad jurídica”, el Supremo Tribunal Federal podrá calibrar esos efectos fijándolos en cada caso concreto.

Recuerda, el mismo autor, que hay otros límites impuestos por la Constitución Federal que también son invocables a tales hipótesis, como el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada⁹⁰.

Muchas otras consideraciones podrían ser hechas, pero no es nuestra propuesta verificar analíticamente todas ellas, lo que demandaría un nuevo trabajo.

Para finalizar, encontramos interesante confrontar dos tópicos, íntimamente ligados a la temática de la inconstitucionalidad de la norma jurídica, no que atañe a la cuestión tributaria.

El primer de ellos trata a respecto de la regla del “*solve et repete*” y la legalidad tributaria.

Como es de amplio conocimiento, el contribuyente solo puede refutar la legitimidad de un tributo después de haberlo pago. Esa idea, como bien resalta **Carraza**⁹¹, es medieval, y solamente se justificava cuando se entendia que el Fisco, en la relación tributaria, ocupava una posición de preeminencia frente al contribuyente.

Hoy, dice el maestro por lo contrario es pacifico inclusive en Brasil, que la relación jurídica tributaria, Fisco y contribuyente están en pie de igualdad, por la idéntica subordinación de ambos a ley. Sí no fuera por esa razón, aduce **Carraza**, la regla *solve et repete* hiere el principio de la universalidad de la jurisdicción, por muchas veces, invíabilizar o dificultar el libre acceso al Poder Judicial (art. 5º. XXV, de la CF).

Y el Poder Público en Brasil, es reo contumaz, reconózcase en crear norma jurídica tributaria buscando resucitar la regla del *solve et repete*. No faltan leyes o medidas provisorias que buscan – olvidándose de la Constitución aplicar la norma.

Aún parece oportuno recordar que la tributación debe, en el ángulo constitucional ser vista a partir de la perspectiva de los contribuyentes. Es el mismo profesor quién advierte: “a pesar de no prevalecer el principio *in dubio pro fisco*, el hecho es que la Hacienda Pública, hasta hoy con disculpa de que precisa obtener recursos y evitar fraudes, no se impide de atropellar derechos de los contribuyentes.

Por eso, ve Carraza un “*derecho de resistencia a la tributación indebida*” que defluiría del párrafo 2º del artículo 5º,⁹² de la Constitución a proporcionar a los contribuyentes el derecho de no pagar tributos creados o dispuesto en desacuerdo con los dictámenes constitucionales.

Por fin y por último, nos permitemos registrar que si es verdad que el poder tributario siempre tubo en todo el tiempo y lugar un apetito feroz, no es despreciable el arsenal constitucional erigido a lo largo de este último siglo en defensa del contribuyente.

El debido proceso legal, en su sentido procesal y sustancial, con toda su densidad histórica es principio constitucional (art. 5º, inciso LV); lo contradictorio y la amplia defensa, también se presenta con el mismo status. En suma, para concretar el Estado Democrático de Derecho, deben estar presentes y eficaces, como mínimo los siguientes principios: el principio de constitucionalidad, el principio democrático, el principio de la justicia social, el sistema de derechos fundamentales, el principio de la igualdad, el principio de la división de poderes, el principio de la legalidad, el principio de la seguridad jurídica.

Ya dimos el primer paso incorporándolos a nuestra Constitución, y en nuestro cotidiano procuramos no solamente respetarlos, si no efectivarlos con toda nuestra fuerza y creatividad.

NOTAS:

¹ **Marcelo Figueiredo** es abogado y consultor jurídico en Sao Paulo (Brasil). Es profesor por concurso de los cursos de graduación y post graduación en derecho constitucional y jurisdicción constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC-SP), donde realizó su curso de graduación y post-grado, obteniendo allí los títulos de licenciado, doctor y libre docente en Derecho del Estado. Actualmente es Profesor Asociado en la misma Universidad. Es también profesor licenciado de derecho administrativo del Complejo Jurídico "Damásio E. de Jesus" en Sao Paulo. Actualmente es Decano de la Facultad de Derecho de la PUC-SP electo para el cuatrienio 2005/2009.

² Guión de exposición preparado para la conferencia proferida en la Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, en diciembre de 2005, con ocasión del Encuentro Hispano Brasileño de Derecho Tributario organizado por el Centro Internacional de Estudios Fiscales de la UCLM (), financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional.

³ La Constitución federal brasileña y sus enmiendas están disponibles en medio electrónico. Basta al lector extranjero acceder al sitio [www.planalto.gov.br](#), y pasar al ícono "legislação" que le posibilitará el acceso a la constitución federal y a las constituciones de los estados-miembros, estados-confederados.

⁴ Según José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 24ª Edición, Malheiros Editores, San Pablo, 2005, página 122.

⁵ Roque Carrazza⁶ quien afirma: " La Constitución, al discriminar las competencias tributarias, estableció, aunque a veces, de forma implícita y con un cierto margen de libertad para el legislador, *la norma-estándar de incidencia (el arquetipo genérico de la regla-matriz)* de cada exacción. En otros términos, ella señaló la *hipótesis de incidencia posible, el sujeto activo posible, el sujeto pasivo posible, la base de cálculo posible y la alícuota posible*, de las variadas especies y subespecies de tributos. En síntesis, el legislador, al ejercitar la com-

potencia tributaria deberá ser fiel a la *norma-estándar de incidencia* del tributo, pretrazada en la Constitución. El legislador (federal, estadual, municipal o distrital), mientras crea el tributo, no puede huir de este arquetipo constitucional".

⁷ Utilizamos la presentación y la lección ofrecida por el Profesor José Afonso da Silva, en la obra citada, página 722 y siguientes. No entraremos en pormenores acerca de la naturaleza jurídica de los tributos o de sus especies. Aquí, nuestro objetivo es esencialmente pragmático, mostrar al lector extranjero un panorama de la competencia tributaria en Brasil.

⁸ Existen aún las contribuciones sociales para la Seguridad Social que pueden revestir la naturaleza de impuesto o de tasa, mas de ellas no trataremos en este artículo.

⁹ Interesante es señalar que ya, por diversas veces, fueron elevadas las alícuotas del impuesto de importación, y el fisco cobró el impuesto correspondiente mediante la aplicación de alícuotas aumentadas, aún con relación a productos que se encontraban ya en el territorio nacional en el momento del aumento. La alícuota del impuesto de importación para automóviles fue elevada por lo menos dos veces recientemente. En la primera de ellas, quedó expresamente establecido que el aumento sería cobrado solamente con relación a las importaciones que aún no estuviesen en curso. En la segunda, no obstante, de mayor expresión económica, no se hizo ninguna observación y el cobro del aumento alcanzó automóviles ya desembarcados en los puertos brasileños simplemente porque no se otorgara aún el respectivo desembarco aduanero. De acuerdo con Hugo de Brito Machado, "La Supremacía Constitucional como Garantía del Contribuyente" Revista Dialéctica de Direito Tributário, Volumen 68 página 53.

¹⁰ Para mayor ampliación sobre el tema de las tasas, vea entre otros, Sacha Calmon Navarro Coelho, "Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária", San Pablo, RT, 1982

¹¹ Continuaremos a continuación la presentación ofrecida por José Afonso da Silva integralmente.

¹² Aún de acuerdo con José Afonso da Silva.

¹³ De acuerdo a Luís Roberto Barroso que presenta amplia bibliografía sobre el tema, Fundamentos teóricos y filosóficos del nuevo derecho constitucional brasileño (post-modernidad, teoría crítica y post-positivismo), en la obra "A Nova Interpretação Constitucional", Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003

¹⁴ Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, San Pablo 1991, páginas 90 y siguientes. Para el eminente Profesor: "Principios son líneas directivas que informan e iluminan la comprensión de segmentos normativos, imprimiéndoles un carácter de unidad relativa y sirviendo de factor adicionador en un dado conjunto de normas. Ejerce el principio una reacción centrípeta, atrayendo en torno de sí, reglas jurídicas que caen bajo su rayo de influencia y manifiestan la fuerza de su presencia. Algunas veces constan de precepto expreso, logrando el legislador constitucional, enunciarlas con claridad y determinación. En otras, no obstante, quedan subyacentes a la dición del producto legislado, suscitando un esfuerzo inductivo para percibir las y aislarlas. Son los principios implícitos. Entre ellos y los expresos no se puede hablar en supremacía, con una única excepción: el principio de garantía del derecho, para el cual trabajan todos los demás principios, anhelando realizarlo.

¹⁵ Ob. Cit. Página 97, enunciado, y siguientes.

¹⁶ Aún según Paulo de Barros Carvalho, página 100.

¹⁷ Aún, según Paulo de Barros Carvalho.

¹⁸ No discutiremos aquí los mecanismos de integración del derecho nacional con el derecho comunitario o internacional por no ser nuestro foco de atención.

¹⁹ Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta: l-de un tercio, como mínimo de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal; del Presidente de la República; de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros. Párrafo 1º La Constitución no podrá ser enmienda en la vigencia de intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio. Párrafo 2º La propuesta será discutida y votada en cada Casa del Congreso Nacional en dos turnos, considerándose aprobada si obtuviera, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros. Párrafo 3º La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, con el respectivo número de orden. Párrafo 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: la forma federativa de Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los Poderes; los derechos y garantías individuales. Párrafo 5º El asunto constante de la propuesta de enmienda rechazada o vista como perjudicada no puede ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa.

²⁰ Existen evidentemente limitaciones al poder de reforma constitucional, a saber: a) limitaciones formales, el órgano del poder de reforma – el Congreso Nacional- habrá de proceder en los estrictos términos expresamente instituidos en la Constitución; b) limitaciones temporales: no comúnmente presentes en la historia constitucional brasileña, pero existentes en la Constitución del Imperio (1824), que preveía que sólo después de cuatro años de vigencia podría ser reformada; c) limitaciones circunstanciales: son las que derivan de ciertas circunstancias que impiden, durante su existencia, el proceso de enmiendas a la Constitución (ver art. 60, párrafo 1º arriba transcrito); d) limitaciones materiales: punto más sensible –aquí se coloca a saber si el poder de reforma constitucional puede alcanzar cualquier dispositivo de la constitución, o si al contrario, existen ciertas reglas que sean irreformables. Para solucionar esa difícilísima cuestión hay que distinguir entre *limitaciones materiales explícitas* y *limitaciones materiales implícitas*. Con relación a las primeras, las constituciones brasileñas siempre contuvieron un núcleo inmodificable, lo que la doctrina llama de núcleo duro o cláusulas pétreas, preservando la Federación de la República. Ver el párrafo 4º, del artículo 60 arriba transcrito. Con relación a las limitaciones materiales implícitas o inherentes, la doctrina brasileña admite su existencia, por mínimo en tres situaciones: a) las concernientes al titular del poder reformados, pues sería absurdo que el legislador ordinario estableciese nuevo titular de un poder derivado sólo de la voluntad del constituyente originario; b) las relativas al proceso de la propia enmienda, distinguiéndose respecto a la naturaleza de la reforma, para admitirla cuando se trata de tornar más difícil su proceso, no aceptando cuando fuese a atenuarlo. La llamada revisión doble es ilógica y destructiva. La reforma constitucional nunca puede ser forma de destruir la constitución. Según Nelson de Sousa Sampaio, “O Poder de Reforma Constitucional”, 3ª Edición, Editora Nova Alvorada, 1995, páginas 95 y siguientes.

²¹ Las *medidas provisionales* (decretos de necesidad y urgencia), previstas en el artículo 62 de la actual constitución federal, sustitutas de los antiguos “decretos ley”, presentes en la constitución anterior, de 1967/69, son instrumentos normativos, *con fuerza de ley*, adoptados por el Presidente de la República en caso de “relevancia” y “urgencia”. Con el uso y abuso del instrumento por sucesivos Jefes del Poder Ejecutivo, sobrevino la Enmienda Constitucional número 32/2001, que alterando el dispositivo, atenuó el problema insertando algunas prohibiciones a su edición. Entre ellas, es prohibido su edición en asuntos reservados a ley complementaria, como así también, sobre planes plurianuales, directivas presupuestarias, pre-

supuestos y créditos adicionales y suplementarios. Sobre el tema de las medidas provisionales, ver nuestro trabajo intitulado, "A Medida Provisória na Constituição", doctrina y decisiones judiciales, publicado por la editora Atlas, San Pablo, 1991.

²² Es posible por ejemplo, sistematizar las características de cada una de las modalidades de control de constitucionalidad, teniendo en cuenta diversos aspectos como los subjetivos, los objetivos y procesales. De esta forma v.g. respecto a la naturaleza del órgano de control: a) político o judicial: b) respecto al momento de ejercicio de control preventivo o represivo, c) respecto al órgano judicial que ejerce el control difuso o concentrado; d) respecto a la forma o modo de control judicial por vía incidental o por vía principal. En fin, son varias las posibilidades de análisis de la temática.

²³ "O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado", 2ª Edición, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1992, página 209 y siguientes.

²⁴ El autor comenta frase atribuida a James A. C. Grant: "en verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política". Antes, de hecho, nunca habría sucedido que un sistema de control de validez de la ley fuese confiado a la obra de los *tribunales* y que tuviese, por lo tanto carácter *judicial*.

²⁵ Aún según Mauro Cappelletti.

²⁶ También es correctísima la advertencia de Francisco Fernández Segado, que analiza ampliamente el tema, para quien: "Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un "legislador negativo" en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaron ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización... La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antano, de los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad de los actos del poder.... Como dice Rubio Llorente, hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano". "La justicia constitucional ante el signo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", en la obra, "The Spanish Constitution in the European Constitutional Context", Francisco Fernández Segado, publicado por Dykinson, Madrid, 2003, página 855 y siguientes.

²⁷ De acuerdo con lección de José Afonso da Silva. "Curso", Ob. Cit. Página 49 y siguientes.

²⁸ Aún de acuerdo con José Afonso da Silva.

²⁹ Recuérdese que es fundamentada la noción de que fue el genio de Kelsen, quien concibió el denominado "sistema concentrado de control de constitucionalidad" y que fue en Checoslovaquia el primer país europeo en adoptar el sistema de control de la constitucionalidad, en su propia constitución del 29 de febrero de 1920. Del mismo modo, ocurrió en Austria, después en Alemania e Italia.

³⁰ Visto el notable trabajo del gran jurista venezolano, "El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado), In, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan Brewer-Carias de Derecho Público- Universidad Católica del Tachira, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, páginas 22 y 27.

³¹ " En todo caso, es evidentemente erróneo identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el "modelo europeo", ya que un sistema en el cual la jurisdicción exclusiva y original para anular las leyes y otros actos del Estado se confiere a la Corte Suprema de Justicia existente en un país dado y ubicada en la cúspide de la organización judicial, también debe ser considerado como un sistema concentrado de control de la constitucionalidad. Por esta razón, el segundo aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad es el otorgamiento, a un órgano constitucional particular, sea la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial creado, del papel de juez constitucional con el fin de anular leyes con efectos *erga omnes*".

³² Se trata del control ejercido en el ámbito del Parlamento, por sus Casas o Comisiones, o aún por intermedio del análisis del veto, o aún por el mecanismo de interrupción del acto normativo del Ejecutivo, por el Congreso Nacional, cuando los actos de aquel Poder exhorbiten del poder reglamentado o de los límites de la delegación legislativa. También recuérdese del análisis de la constitucionalidad que hace el Congreso al apreciar Medidas Provisorias, actos con fuerza de ley, editadas por el Presidente de la República. Son temas que no discutiremos.

³³ "Vía de excepción", porque *excepciona sólo al interesado* del cumplimiento de la regla tenida por inconstitucional.

³⁴ Si la cuestión fuera suscitada en los Tribunales, se forma un incidente , y el órgano fraccionario del Tribunal remite la cuestión al Plenario del Tribunal o a su órgano especial, por fuerza de la norma reserva del plenario (full bench) que también tiene origen en el derecho norteamericano.

Decidida la cuestión de la constitucionalidad en el Plenario o en el órgano especial, el proceso retorna al órgano fraccionario en que fue suscitado el incidente de la alegación de inconstitucionalidad, para el juzgamiento del caso concreto a la luz del entendimiento firmado por el Plenario relativamente a la cuestión constitucional, a cual el órgano fraccionario queda vinculado, y se incorpora al juzgamiento del recurso o de la causa. Esta vinculación extiéndese a todos los órganos fraccionarios del Tribunal, extravasando los autos en que fue proferida y pasa a valer para todos los procesos subsecuentes en tramitación en el Tribunal, que envuelven l misma cuestión constitucional. Es también llamada de vehiculación horizontal, ya que la despescho del Plenario trascender el caso concreto ella no vincula otros Tribunales, mas solamente el Tribunal juzgador. Obsérvese finalmente que caso la cuestión ya tenga sido decidida por el Supremo Tribunal Federal, órgano fraccionario del Tribunal de origen no necesita remeter la materia su Plenario o su órgano especial, el que se justifica no solamente por la aplicación del principio de la economía procesual, como también con el de la seguridad jurídica.

³⁵ Obsérvese que la cláusula de reserva del plenario apenas atinge los órganos colegiados del Poder Judiciario, no impedido por lo tanto que el juez monocratico cualquier juez aunque independiente de provocación de las partes litigantes, tenga competencia para conocer y declarar la inconstitucionalidad incidental de la norma jurídica donde se funda la pretensión del autor o del reo.

³⁶ Conforme Themistocles Brandão Cavalcanti, "Del Control de la Constitucionalidad", Ed. Forense, Rio, 1966.

³⁷ El Supremo Tribunal ya inclusive resumió la cuestión afirmando que no es posible, por intermedio de mandato de seguridad de impugnar una "ley en tesis". Es preciso que haya por ejemplo un acto administrativo de ejecución de la ley en que la parte repute inconstitucional. En síntesis, se la impugnación decir respecto a la ley, debese utilizar otro a camino que es la acción directa con diversos legitimados y con otro modus operandi.

³⁸ "El control de Constitucionalidad en el Derecho Brasileño", Editora Saraiva, San Pablo 2004, páginas 72 y 75.

³⁹ El art. 102, III, de la CF dispone: " Compete al Supremo Tribunal Federal, *precipuamente*, la guarda de la Constitución, cabiendo... III- juzgar, mediante *recurso extraordinario*, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) contraer dispositivo de esa Constitución; b) declarar la inconstitucionalidad de tratado o ley federal; c) juzgar válida ley o acto del gobierno local contestado en fase de esa Constitución; d) juzgar válida ley local contestada frente de ley federal. Observase que el Supremo Tribunal Federal, tiene competencia originaria y recursal. En el caso de esa última, tratase da "última instancia" parte a parte, pues el Supremo es el órgano de cúpula de Poder Judicial brasileiro.

⁴⁰ Conforme Luís Roberto Barroso, OB. Cit. Página 86 y siguientes.

⁴¹ Alfredo Buzaid, "D acción directa de inconstitucionalidad en el derecho brasileiro", Saraiva, San Pablo, 1958, página, 128.

⁴² De acuerdo con Clèmerson Merlin Clève, "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, " 2ª Edición, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2000, página 113 y siguientes.

⁴³ Destáquese que el artículo 97 de la Constitución Federal brasileña exige para la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo un quorum especial, también denominado de "reserva del plenario" a exigir la presencia en la sección de por lo menos ocho(8) Ministros, siendo que se proclamará la constitucionalidad o la inconstitucionalidad en un otro sentido sí hubieran manifestado por lo menos seis (6) Ministros, que es la mayoría absoluta de Supremo Tribunal Federal, compuesto de once (11) Ministros. La ley 9.868, de 10.11.99, que dispone, sobre el proceso de juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, *control concentrado* por lo tanto, repite la regla arribada en su artículo 22 y 23. De otra parte, el Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal, en su artículo 143 dispone que " el plenario, que se reúne con la presencia mínima de seis Ministros, es dirigida por el Presidente y del Vicepresidente, de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Tribunal Superior Electoral es del ocho (8) Ministros".

⁴⁴ La razón histórica de esa competencia es explicar por Barroso (Ob. Cit), para quién transplantamos del derecho norteamericano el modelo incidental es difuso, mas allá las decisiones de los tribunales son vinculantes para los demás órganos judiciales sujetos a su competencia revisional. Eso es valido inclusive y especialmente para los juzgados de la Suprema Corte. De ese modo, el juicio de constitucionalidad por ella formulado, aunque relativo a un caso concreto produce efectos generales. No así, pero al caso brasileño, donde la tradición romano germánica vigente no atribuye eficacia vinculante a las decisiones judiciales, ni mismo las del Supremo Tribunal Federal. Eso todo, remáquese en el control difuso y incidental ya que en el control concentrado diversa es la solución da cuestión como tendremos oportunidades de observar.

⁴⁵ Lo que no ocurre en el control concentrado o abstracto, pues en ese último, la decisión de Supremo Tribunal Federal tiene eficacia contra todos (*erga omnes*) y en algunos casos, como veremos efectos vinculantes.

⁴⁶ Revista de Derecho Público, Volumen 22. Hay quién profese opinión divergente, entendiéndose presente carácter discrecional de la actividad del Senado. Para esta corriente, el Senado evalúa la conveniencia y la oportunidad de la suspensión de la eficacia del acto normativo tachado de inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal. De esta forma, puede dejar de determinar, o aún postergar, a su exclusivo criterio, a la suspensión.

⁴⁷ Con eso, no estamos afirmando que esa opción fue la más acertada para la defensa de la Constitución brasileña y de los derechos fundamentales de los individuos. Por lo contrario, en el pasado y hasta hoy, siempre nos posicionamos críticamente en la materia. Afirmamos, en más de una oportunidad que la adopción de un criterio mixto de control de constitucionalidad, con *preponderancia notoria* para el control concentrado y abstracto, causaría perplejidad y anacronismos en el sistema de control de constitucionalidad. No hay, hasta de una perspectiva puramente lógica como fortalecer y prestigiar un método (concentrado) y tener la ilusión de gozar de las ventajas integrales de otro (difuso). Fue lo que desarrolló con más profundidad en el artículo intitulado: "A Ação Declaratória de Constitucionalidade - Inovação Infeliz" – 1993, Revista da Procuradoria Geral do Estado de San Pablo - volumen 39.

⁴⁸ Ob. Cit. Página 92.

⁴⁹ Vide ítem II 3 – A (1) en ese trabajo.

⁵⁰ Tema que cuidaremos luego adelante.

⁵¹ " Art. 27. Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo y teniendo en vista razones de *seguridad jurídica* o de *excepcional interés social*, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, *restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella sí lo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado*"

⁵² Recuérdese por oportuno que en el derecho norteamericano, las decisiones son proferidas para que puedan servir de precedentes para el futuro, más antes para resolver las disputas entre los litigantes. La utilización del *precedente* en casos posteriores es una derivación incidental. Los *precedentes*, no son allí aplicados de forma automática.

⁵³ El artículo 5º, inciso LXIX de la CF afirma: " concederse a " mandado de segurança" para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso del poder por autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público. Es el inciso LXX: el *segurança* colectivo puede ser impetrado por: partido político con representación en el Congreso Nacional; organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento hay por lo menos un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

⁵⁴ El artículo 5º, inciso LXXI dispone: " concederse por mandado de injunción siempre que la falta de norma reglamentadora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía". Creado con el objetivo de aminorar el grave problema de la omisión del legislador para tornar eficaces los derechos constitucionales asegurados, lamentablemente el Supremo Tribunal Federal interpretando y aplicando esa garantía fue extremadamente tímido lo que contribuyó decisivamente para su desprestigio. Para detalles ver nuestro trabajo "O

mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão”, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1991 (agotado).

⁵⁵ Disertando a respecto del segurança en materia tributaria, Lucia Valle Figueiredo, expone que la sentencia concesiva en el segurança hace cosa juzgada material. Todavía se denegatoria, puede hacer o no. Afirma aun la ilustre profesora con relación a inconstitucionalidad el siguiente: “sí el deudor, polo pasivo de la relación jurídica, no debe pagar el tributo, una vez que el mismo es desconforme con la Constitución, eso implica la restación jurisdiccional negar la relación jurídica instaurada por fuerza de la ley inconstitucional. Aunque la declaración de inconstitucionalidad, hecha por la vía de excepción, sea apenas *incidenter tantum*, atinge ella la relación jurídica instaurada entre el Fisco y contribuyentes que se encuentren en el polo pasivo. No sería creíble que la orden fuera limitada a un mes o mismo a un ejercicio. Eso sería retirar toda la fuerza de la garantía constitucional y posibilitar al mismo agente público a la renovación de la constricción. Inclusive con falta de respeto a la cosa juzgada.” En la obra, “Estudos de Direito Tributário”, Malheiros Editores, San Pablo, 1996, página 71.

⁵⁶ El Superior Tribunal de Justicia, constituido por el artículo 104 da CF es el más elevado Tribunal jurisdiccional del País en lo que toca la interpretación del derecho federal en breve síntesis, con amplia competencia para resolver conflictos y uniformizar los temas federales. No se confunde con el Supremo Tribunal Federal, órgano de cúpula del Poder Judicial, guardián precípala de la Constitución.

⁵⁷ La acción popular prevista en el artículo 5º, inciso LXXIII de la CF dispone: “ cualquier ciudadano o parte legítima para poner la acción popular que vise a anular acto lesivo al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, la modalidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural quedando el autor, salvo comprobada mal intención, libre de costas judiciales y de cargo de sucumbencia.

⁵⁸ La acción civil pública, prevista en la Lei 7.347/1985, disciplina la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisajístico, y su artículo 21 establece: “ se aplican a la defensa de los derechos y intereses difusos colectivos y individuales, en lo que sea procedente, los dispositivos del Código de Defensa del Consumidor.

⁵⁹ En ese sentido, *inter-plures*, Informativo 212 del Supremo Tribunal Federal (RCL 1733), Relator Ministro Celso de Mello.

⁶⁰ Por fuerza da EC 45/2004, las decisiones definitivas de merito proferidas por el Supremo Tribunal Federal en las acciones directas de inconstitucionalidad e en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos de Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas estadual y municipal.

⁶¹ Hay aun la acción directa *interventiva*, prevista en el artículo 36, III, mas de ella no cuidaremos porque se trata mucho más de un mecanismo para preservación, mediante intervención, de los principios sensibles de la Constitución, violados por entidades federadas que un forma de inconstitucionalidad genérica. Basta señalar que la intervención federal consiste en mecanismo excepcional de limitación da autonomía del Estado Miembro. Ella destinase a la preservación de la soberanía nacional del pacto federativo y de los principios constitucionales sobre los cuales se erige el Estado Democrático de Derecho. Tratase de una acción anormalía y especial. No se encuadra como un medio de control abstracto de constitucionalidad. Versa un litigio constitucional de una relación procesual contradictoria, contraponiendo la

Unión y Estado miembro cuyo desecho puede resultar en intervención federal. Vide el artículo 34 y 36 de la CF brasileña.

⁶² Firmó el STF de la jurisprudencia en el sentido de que entidad de clase es constituida por asociados, esto es, por personas físicas que integran la clase u no por las llamadas "asociaciones de asociaciones!". Estas son asociaciones federales y son integradas por asociaciones estatales. Entonces, en ese caso en entidad de clase, porque esas asociaciones estatales se asocian de forma confederativa componiendo una asociación federal. Además, con referencia al problema de que estas entidades deberán tener ámbito nacional, se fijó por el principio de la analogía que la semejanza de lo que ocurre con los partidos políticos, esas entidades profesionales tendrán que tener como miembros entidades estatales que pertenezcan a por lo menos nueve Estados. En juzgado más reciente, se alteró el entendimiento para admitir la "asociación de asociaciones", ADIN 3153 AGR-DF. También entiende el STF que por "entidad de clase" debe ser entendida de norma, categoría profesional. Ya en relación a las entidades sindicales se da legitimidad a las confederaciones, que son compostas de asociaciones.

⁶³ El objeto de la acción directa de inconstitucionalidad debe guardar relación de pertinencia con la actividad representada de la confederación o de la entidad de clase de ámbito nacional y con las funciones ejercidas por los demás legitimados especiales, el Gobernador del Estado y del Distrito Federal, Mesa de la Asamblea Legislativa y Mesa de la Cámara Legislativa, inexistiéndose tal relación cuando se trata de los demás legitimados universales, el Presidente de la República, Mesas del Senado y de la Cámara de Diputados, procurador General de la República, Consejo Federal de la OAB y partidos políticos, con representación en el Congreso Nacional.

⁶⁴ "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª Edição, 2000, página 142 y siguientes.

⁶⁵ Ob. Cit. Página 114 y siguientes.

⁶⁶ El ejemplo más elocuente del control de constitucionalidad de Enmienda Constitucional ocurrió por ocasión de la institución del tributo denominado IPMF, cuya vigencia sería inmediata. El STF entendió que la Enmienda Constitucional número 3/93 era inconstitucional, por violación de normas o cláusulas de la Constitución, como el principio de la anterioridad, que es garantía individual del contribuyente, el principio de la inmunidad tributaria recíproca que es garantía de la federación.

⁶⁷ Los Derechos o Reglamentos del Ejecutivo excepcionalmente Pueden ser cuestionados en el ámbito del control concentrado cuando no reglamentan la ley (decreto autónomo). En ese caso, existirá la posibilidad de análisis de compatibilidad directamente con la Constitución Federal. Mas vía de norma, como los Derechos no son de autonomía jurídica no confrontan directamente la Constitución. La cuestión girará en el plano de la legalidad.

⁶⁸ De acuerdo con Pedro Dallari, "Tratados Internacionais na EC 45", página 88, Editora Método.

⁶⁹ Art. 5º, Párrafo 3º: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".

⁷⁰ Para nosotros es el remedio, *en el caso concreto*, para cuidar de la omisión legislativa o administrativa.

⁷¹ La procedencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, importando en

reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, otorga al STF, únicamente, el poder de *cientificar* al legislador moroso, para que este adopte las medidas necesarias a concretar el texto constitucional.

⁷² Nosotros mismos, en su ocasión producimos un texto cuestionado a la constitucionalidad de la medida y su necesidad en el sistema constitucional brasileño. El tiempo vino a demostrar, pasados 12 años de su institución, que fue muy poco accionado el mecanismo ante el Supremo Tribunal Federal. En la ocasión afirmábamos: "Se desgastó el principio de la separación de poderes y vía de consecuencia, la competencia del Legislativo. La nueva previsión desfigura la idea y función del Poder Legislativo, órgano naturalmente indicado a apreciar previamente a la constitucionalidad. En una palabra, tal como vaciada la acción declaratoria es autorizado el intérprete para obtener la siguiente lectura global de la acción: declarar la constitucionalidad, en el marco previsto en la acción, y, en último análisis, legislar. Se instaura una especie de "dependencia" entre Legislativo y Poder Judicial, pues el mismo hará la ley bajo condición; se aguarda la aprobación o filtro del poder judicial. Acaso la posibilidad no hiera el equilibrio de Poderes? "La acción declaratoria de constitucionalidad. "Inovação Infeliz e Inconstitucional", Saraiva, 1994.

⁷³ "A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição de Tributos", Revista Dialética de Direito Tributário, volume 8, página 109 y siguientes.

⁷⁴ Se recuerda que cuando el autor escribió su artículo aún no había sido editada la Ley 9.868/99 que regula la materia de modo explícito en el control concentrado.

⁷⁵ Por eso siempre nos pareció en principio, mucho más acertada la opción por el control y difuso con ajustes o la adopción corajosa de un Tribunal Constitucional, como un intérprete supremo de la Constitución, mas como órgano independiente de los demás órganos constitucionales y solamente subordinados a la Constitución y su ley orgánica como es el caso de España, Alemania y otros Países.

⁷⁶ El Ministro Moreira Alves, en ocasión del juzgamiento de la primera acción declaratoria de constitucionalidad señaló: "Llevándose en cuenta apenas los efectos de las acciones judiciales, los registros de la Procuración General de la Hacienda Nacional ya indican un volumen de 9000 acciones, cuestionando la inconstitucionalidad de la Ley Complementaria número 70/91, con decisiones diferentes, lo que hace evidenciar la controversia jurídica con respecto a la materia..." Y más adelante en su voto aceptado por la mayoría, agregó que una de las condiciones de esta acción debe ser: "...la necesidad de demostrar la existencia de **controversia judicial seria sobre la norma o las normas cuya declaración de constitucionalidad es pretendida**". Ya el Ministro Sepúlveda Pertence afirmó: "Como ya dejé claro, un postulado firmado por unanimidad en la Corte me tranquilizó respecto a algunas objeciones más serias hechas a la propia constitucionalidad de la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad. Es la unanimidad firmada para que se admita esa demanda declaratoria que será necesario demostrar una situación de **inseguridad objetiva sobre la validez de determinada ley**, rebelada por la **mora de múltiples procesos sobre la cuestión principal**, si ha tenido **soluciones divergentes**. La acción declaratoria retira su legitimidad, no sólo constitucional, mas solo estrictamente jurídica, mas también política, como tentativa de solución de ese problema de las demandas múltiples, y solamente en la extensión en que la existencia de esta situación objetiva de inseguridad en torno de la validez de una ley es que creo que deba ser conocida la acción..."

⁷⁷ La obra, "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica", Editora Forense, 2ª Edição, página 754 y siguientes.

⁷⁸ La obra “Supremo Tribunal Federal” Jurisprudência Política, Editora Malheiros, 2ª Edição, 2002, Página 218.

⁷⁹ Se resalta que la obra es anterior a la Reforma Judicial llevada a efecto por la Enmienda Constitucional numero 45/2004, mas creemos que las críticas del autor – a pesar de la reforma- persisten.

⁸⁰ Hasta por que ya hay quién sustente que a partir de la edición de la Lei 9.868/99, más allá de la eficacia *erga omnes*, su artículo 28, como prevé el efecto vinculante en la acción declaratoria de **constitucionalidad**, estaría autorizado también el STF a extender tal efecto también a las acciones directas de inconstitucionalidad. En ese sentido, v.g. el posicionamiento del Ministro Sepúlveda Pertence, para quién la vinculación sería posible solamente en los casos en que, en tesis también fuese procedente la acción declaratoria de constitucionalidad (ADECON), debiendo el STF, así pronunciarse, bajo pena de decir más de lo que la Constitución estableció. Preferimos la doctrina que sustenta la tesis opuesta y más restrictiva. Solamente cabría tal efecto excepcional, en casos de acciones declaratorias de constitucionalidad y aún así, ante presuposiciones especiales previstos en ley, no fuese la ley en este particular aspecto inconstitucional. Entendemos, que la razón asiste a Lenio Luiz Streck, cuando a ése respecto se manifiesta: “... El Supremo Tribunal Federal no alcanzó unanimidad en la apreciación de la materia del doble efecto y del efecto vinculante. Votaron por inconstitucionalidad los Ministros Marco Aurelio, Moreira Ives y Ilmar Galvão, considerando que la previsión legislativa de efecto vinculante ofendía la separación de poderes. Con razón los Ministros que votaron vencidos. Si el efecto vinculante ya de por sí solo es problemático, debiendo ser admitido apenas para decisiones que declaran la inconstitucionalidad de un texto jurídico (porque dejan nula o inexistente aquella disposición legal), la conjugación del efecto vinculante con el efecto opuesto o doble en las acciones directas de inconstitucionalidad (ADI) y en las acciones declaratorias de constitucionalidad (ADC), el rechazo de una acción declaratoria de constitucionalidad se transforma en una acción directa de inconstitucionalidad y aún más grave.... Y más adelante... “Tan sería es la cuestión. que la comunidad jurídica brasileña debería, además de no aceptar el efecto vinculante de decisiones de rechazo en sede de ADI y el efecto vinculante a las decisiones con fundamentos en la interpretación de acuerdo, (re) discutir el problema de la constitucionalidad propia ADC (acción declaratoria de constitucionalidad.). La obra, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, Editora Forense , 2ª Edición, página 768 y siguientes.

⁸¹ En la obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 24ª Edição, San Pablo, página 558 y siguientes.

⁸² Para algunos esa extensión o equiparación legal, buscando un espacio en el modelo difuso no corresponde, porque la constitución no la autorizaría. Argumentan aún que el veto adjunto al inciso II, del artículo 2º de la ley que la reglamentó, indicaría esa interpretación por que los legitimados activos son los mismos del control concentrado.

⁸³ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, parâmetro de controle e objeto”, Atlas, 2001.

⁸⁴ Hasta el presente momento el STF no definió lo que entiende por “precepto fundamental”. En algunos casos, apenas afirmó lo que no puede ser comprendido con la expresión. Cualquier fijación del concepto sería precipitada. Para nosotros, aún sin mayores meditaciones sobre el tema, parece que el concepto trasciende los derechos fundamentales. Arriesgaríamos a decir que el concepto estaría conectado no sólo a la dignidad de la persona humana, como los derechos sociales, los derechos de la nacionalidad, los derechos polí-

ticos y los derechos del contribuyente, así como los principios estructurantes del Estado Democrático de Derecho, en los cuales incluyen las llamadas cláusulas pétreas o principios sensibles que, si violados, dan oportunidad a la intervención federal.

⁸⁵ Curso, Ob. Cit. Página 482.

⁸⁶ No es nuestro objetivo en este trabajo disertar a propósito de las *técnicas de declaraciones de inconstitucionalidad*. Es suficiente señalar, para no dejar el punto sin cualquier referencia, que básicamente el Supremo Tribunal Federal puede: a) declarar a la inconstitucionalidad sin reducción de texto. Trátase de una modalidad de decisión que puede proferir el Tribunal, sin eliminación o alteración de la expresión literal de la ley. El texto continúa el mismo, pero el Tribunal limita o restringe la su aplicación, no permitiendo que ella incida en las situaciones determinadas, porque en esas hay inconstitucionalidad. En otras no. El ejemplo más elemental puede ser extraído de una ley que prevea la cobranza de un impuesto en el mismo ejercicio financiero y en los siguientes. La inconstitucionalidad de esa ley estaría en la violación al principio de anterioridad, apenas relativamente a la cobranza del tributo en el mismo ejercicio financiero en que ha sido publicada la ley que lo instituye, no cuanto a su cobranza en los ejercicios posteriores.

b) interpretar de acuerdo la constitución, o interpretación conforme: consiste en declarar el Triunal cual de las posibles interpretaciones se revela compatible con la Constitución, siempre que determinada ley ofrezca diferentes posibilidades de interpretación, siendo algunas de ellas incompatibles con la propia Constitución. Ella solamente es procedente si no configurar violencia contra la expresión literal del texto y no alterar el significado del texto normativo, con cambio radical de la propia concepción original del legislador. Ella se aproxima de la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto; c) por fin hay casos donde el Supremo Tribunal Federal en el juicio de constitucionalidad, es decir en sede de control, no afirma que la norma es inconstitucional o que es constitucional, pero, considera – la, “aún constitucional” o en tránsito para la constitucionalidad, a veces señalando al legislador las disposiciones que debe adoptar para que determinada situación sea alterada bajo pena de un juzgamiento por la inconstitucionalidad en el futuro⁸⁷.

⁸⁸ Para mayores datos ver, por todos, Estevão Horvath, “Lançamento Tributário y “Autolançamento”, Editora Dialética, San Pablo, 1997.

⁸⁹ Mas sin aquellos listados en el artículo 103 de la Constitución Federal- Ver los comentarios que hicimos anteriormente sobre este tema.

⁹⁰ Recuérdense los tres planes posibles de análisis del tema: a) la existencia; b) la validez y c) la eficacia de los actos jurídicos y de las leyes. La ausencia, deficiencia o insuficiencia de los elementos que constituyen presuposiciones materiales de incidencia de la norma impiden el ingreso del acto en el mundo jurídico. Será, por vía de consecuencia, un acto inexistente del cual el Derecho sólo se ocupará para repelerlo adecuadamente, si fuese necesario. Sería inexistente, por ejemplo, una “ley” que no hubiese resultado de la aprobación de la casa legislativa, por ausencia de la manifestación de voluntad apta para hacerla ingresar en el mundo jurídico. Existiendo el acto, por la presencia de sus elementos constitutivos, él se sujeta a un segundo momento de apreciación, que es la verificación de su validez. Aquí se cuida constatar si los elementos del acto, llenan los atributos, los requisitos que la ley les apoyó para que sean recibidos como los actos dotados de perfección. No basta, por ejemplo, para la práctica de un acto administrativo, que exista el elemento agente público. De tal agente se exige algo más, un atributo: que sea competente. Por igual, exteriorizado el acto, estará presente la forma. Mas ésta deberá someterse a la prescripción legal: verbal o escri-

ta, pública o privada, de acuerdo al caso. Y aún no es suficiente que el acto tenga un determinado objeto, pues este tiene que ser lícito y posible. La eficacia de los actos jurídicos consiste en su aptitud para la producción de efectos, para la irradiación de las consecuencias que le son propias. Eficaz es el acto idóneo para alcanzar la finalidad para la cual fue generado. Tratándose de una norma, la eficacia jurídica designa la calidad de producir, en mayor o menos medida, su efecto típico, que es el de regular las situaciones en ella indicadas. Eficacia habla al respecto, así, a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutividad de la norma. Según **Barroso**, Ob. Cit, página 14.

⁹¹ “Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária”, Quartier Latin, San Pablo, 2005, páginas 177 y siguientes.

⁹² En el Derecho Constitucional Brasileño, **la relación entre Constitución y derecho adquirido**, conduce a las siguientes conclusiones: “1. la Constitución es la fuente y protectora del derecho adquirido; 2. sólo es recusable el derecho adquirido incompatible con el precepto de la Constitución; 3. el constituyente originario no ha ejercitado, con frecuencia, la competencia para negar y rehacer el derecho adquirido; 4. la competencia desconstitutiva del derecho adquirido por el constituyente de revisión, si aquél resultó de decisión de constituyente originario o de su compatibilidad con la Constitución, es pasible de alegación de inconstitucionalidad, por violación de decisión fundamental del constituyente originario; 5. el principio constitucional que protege el derecho adquirido contra ley perjudicial es irreformable, por tratarse de derecho y garantía individual, no pudiendo su abolición constituir objeto de propuesta de enmienda a la Constitución; 6. la protección constitucional al derecho adquirido, que despuntó de forma expresa, en la Constitución Federal de 1934, corresponde al valor incorporado a la estructura del régimen político y del Estado Democrático Brasileño; 7. los cambios constitucionales operados por las sucesivas constituciones brasileñas, aún en el período de ruptura con el régimen antiguo, como en la caída del Imperio, en 18889, y en la interrupción de la legalidad de la Primera República, en 1930, se distanció de los cambios radicales comandados por revoluciones portadoras de nueva ideología y de nuevo ordenamiento social, político y económico; 8. la evolución constitucional brasileña, al revés de oponer Constitución y derecho adquirido como valores antiéticos, viene promoviendo el acomodamiento y convivencia entre Constitución y derecho adquirido, que perdura hasta nuestros días”. 7. as mudanças constitucionais operadas pelas sucessivas constituições brasileiras, mesmo no período de ruptura com o regime antigo, como na queda do Império, em 1889, e na interrupção da legalidade da Primeira República, em 1930, se distanciou das mudanças radicais comandadas por revoluções portadoras de nova ideologia e de novo ordenamento social, político e econômico; 8. a evolução constitucional brasileira, ao invés de opor Constituição e direito adquirido como valores antiéticos, vem promovendo a acomodação e o convívio entre Constituição e direito adquirido, que perdura até os nossos dias”. De acuerdo a **Raul Machado Horta**, “Estudos de Direito Constitucional”, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1995, página 283. El derecho adquirido es, en breve síntesis lo que ya se incorporó definitivamente al patrimonio y a la personalidad de su titular, de modo que ni ley ni hecho posterior pueda alterar tal situación jurídica, pues hay derecho concreto, o sea, derecho subjetivo y no derecho potencial o abstracto. Acto jurídico perfecto es el ya consumado, según la norma vigente, al tiempo en que se afectó, produciendo efectos jurídicos, desde que el derecho generado fue ejercido. Es lo que ya se volvió apto para producir sus efectos. La seguridad del acto jurídico perfecto es un modo de garantizar el derecho adquirido por la protección que se concede a su elemento generador, pues si la nueva norma se considera

inexistente, o inadecuada, acto ya consumado bajo el amparo de la norma precedente, el derecho adquirido de él derivado desaparecería por falta de fundamento. Y, por fin la cosa juzgada, o caso juzgado, es una calidad de los efectos del juzgamiento. Es fenómeno procesal consistente en la inmutabilidad e indiscutibilidad de la sentencia puesta al abrigo de los recursos, entonces definitivamente preclusos, y de los efectos por ella producidos porque los consolida. La *res judicata* es un principio jurídico-positivo constitucional. Todo de acuerdo con **Maria Helena Diniz**, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", Ed. Saraiva, San Pablo, 1994, página 187.

⁹³ Ob. Cit. Curso, página 231.

⁹⁴ Art. 5º, párrafo 2º de la CF: "Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

CONCURSO DE NORMAS Y DE INFRACCIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

REMEDIOS GÓMEZ PADILLA

*Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta
de Comunidades de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TEORÍA DEL CONCURSO EN EL DERECHO PENAL. MODALIDADES: CONCURSO DE LEYES. CONCURSO DE DELITOS: a) CONCURSO REAL. b) CONCURSO IDEAL. EL DELITO CONTINUADO, EL DELITO MASA, EL DELITO DE HÁBITO Y EL DELITO COMPLEJO. III. TEORÍA DEL CONCURSO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONCURSO APARENTE DE LEYES. CONCURSO DE INFRACCIONES: a) CONCURSO IDEAL. b) CONCURSO REAL E INFRACCIÓN CONTINUADA. LAS INFRACCIONES PERMANENTES, LAS INFRACCIONES DE ESTADO Y LAS INFRACCIONES COMPLEJAS. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente artículo se aborda desde una perspectiva eminentemente práctica la recepción en el ámbito del derecho administrativo sancionador de las reglas y principios elaborados por la doctrina y jurisprudencia penal en torno al concurso aparente de normas y concurso de delitos. Tras una inicial aproximación a la teoría general del concurso en el Derecho Penal la autora se detiene en el estudio de las distintas modalidades de concurso en el Derecho Administrativo Sancionador y de las sentencias más relevantes dictadas por los Tribunales del orden contencioso-administrativo sobre esta materia.

I. INTRODUCCIÓN.

En la medida que sanciones administrativas y penas son manifestaciones del mismo sistema represivo (SSTC 18/1981; 29/1989; 22/1990; 197/1995; 216/2005, entre otras)¹ y ante la inexistencia de reglas generales en el Derecho Administrativo sancionador para solventar un problema idéntico al que se plantea en el Derecho Penal (concurso de normas y concurso de infracciones), la doctrina y la jurisprudencia administrativistas

vuelven la mirada a la teoría general del concurso elaborada por la dogmática penal y a las reglas de punición previstas en el Código Penal. Por ello, y con carácter previo al estudio de la recepción de estos principios y reglas en el Derecho Administrativo sancionador general, comenzaremos nuestra exposición con una referencia sucinta a la teoría del concurso en el ámbito del Derecho Penal, con la advertencia que la finalidad de este trabajo es ofrecer una visión general, no exhaustiva, sobre esta materia.

II. TEORIA DEL CONCURSO EN EL DERECHO PENAL. MODALIDADES².

A) CONCURSO DE LEYES.

La teoría del concurso surge en el ámbito del Derecho del Derecho Penal ante la necesidad de determinar cuál es la norma aplicable en el supuesto de que la conducta pueda estar típicamente descrita en más de una norma. Siguiendo a LUZÓN CUESTA podemos distinguir entre:

1º. Un **concurso internacional de normas**, que plantea el problema de la aplicación de la ley penal en el espacio, determinando a qué Estado corresponde "*el ius puniendi*", y que se resuelve conforme al principio de territorialidad como regla general, según el artículo 8.1 Código Civil y artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las excepciones que resultan de los principios de personalidad, real o de defensa y de universalidad o comunidad de intereses.

2º. Un **concurso intertemporal**, en que con respeto al principio de jerarquía normativa, se suscita el tema de la sucesión de las leyes en el tiempo, resuelto conforme al principio de irretroactividad, según los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, 4.2 del Código Civil y 2 del Código Penal, con la excepción de la retroactividad de la ley penal más favorable.

3º. Y, finalmente, de un conflicto aparente de leyes penales, al que, en sentido estricto se aplica, desde MERKEL, la denominación de "**concurso de leyes**", cuando el intérprete se encuentra con varias normas, aparentemente aplicables al caso enjuiciado, y concurrentes, tanto en el tiempo como el espacio. Para su resolución deben tenerse en cuenta los principios recogidos en el artículo 8 del Código Penal:

a) Principio de especialidad (art. 8.1). Cuando los requisitos del tipo están contenidos en el precepto general y en el especial, añadiendo

éste elementos que no contiene aquél, se aplica el principio, constantemente proclamado por la jurisprudencia de *“lex specialis derogat legi generale”*.

b) Principio de subsidiariedad (art. 8.2). Mediante una segunda norma, se sancionan conductas menos graves que las descritas por la norma principal, evitando su impunidad y no planteando problemas al intérprete que aplicará la subsidiaria en defecto de la principal.

c) Principio de consunción o absorción (art. 8.3). Según este principio, lo menos queda absorbido en lo más, en la progresión delictiva.

d) Principio de alternatividad (art. 8.4), conforme al cual el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

B) CONCURSO DE DELITOS.

Al formular un concepto jurídico del delito se comienza por la afirmación de que se trata de una acción, en sentido amplio, comprensivo de acción y omisión. Ahora bien, como señala LUZÓN CUESTA, realizada esta acción, habrá de examinarse si es típica, antijurídica, culpable y punible, o, en la terminología de nuestro Código Penal (art. 10), si es dolosa o negligente, penada por la ley. Se trata, por consiguiente, de que la acción, que es un concepto naturalista, ha de ser valorada jurídicamente, lo que puede dar lugar a diferentes situaciones como nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de octubre de 1981 (RJ 1981\3894) al señalar que *“la regla general es de que cada acción constituye un solo delito y las excepciones se vienen a construir a través del llamado concurso ideal, de delito continuado, del permanente y el habitual, surgiendo respectivamente cuando de un solo hecho afloran dos o más figuras del delito, cuando diversas conductas debido a su conexión homogénea tanto en la tipificación como en la culpabilidad y no rechazo por la antijuridicidad material integran un solo delito, cuando se prolonga la situación antijurídica creada, o cuando la repetición de actos viene a ser elemento integrante del delito”*.

a') Concurso real.

En el Derecho moderno por razones humanitarias o de política criminal se rechaza el sistema de acumulación material de las penas, al

menos en su forma pura, teniendo en cuenta que, como razonaba MITTERMAIER, con el cumplimiento sucesivo de varias penas de privación de libertad, crecen los sufrimientos del penado, no en razón aritmética, sino geométrica.

En nuestro Código Penal rige un sistema mixto. En el artículo 73 se establece el de acumulación material (*“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*), pero se modera este régimen pues tras fijar un orden de cumplimiento sucesivo de las penas que no puedan simultanearse (artículo 75) se prevé un límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena, de aplicación aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o en el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo (artículo 76.1).

b') Concurso ideal.

El concurso ideal se encuentra regulado en el artículo 77.1 del Código Penal. Cabe diferenciar dos modalidades: la pluriofensiva, cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, como es el caso del que lesiona a un agente de la autoridad, hecho que constituye un delito de atentado y otro de lesiones; y la denominada por nuestra jurisprudencia, medial teleológica o por conexión, si un delito es medio necesario para cometer otro, como es el caso de la falsedad en documento de comercio como medio para realizar una estafa.

No obstante, como señala LUZÓN CUESTA en sentido estricto, sólo el primer supuesto constituye un concurso ideal, en tanto que el segundo es una modalidad del concurso real, en que la relación de medio a fin o instrumental, entre dos delitos ha dado lugar a que le otorgue el mismo tratamiento que al primero (*“En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”*, en cuyo caso se sancionarán por separado, párrafos 2 y 3 del artículo 77).

EL DELITO CONTINUADO, EL DELITO MASA, EL DELITO DE HÁBITO Y EL DELITO COMPLEJO.

La acción delictiva en cuanto conducta humana que encierra una concepción naturalista ha de ser valorada jurídicamente y la ley puede considerar la existencia de un solo delito, en una valoración real, lo cual constituye la regla general –cada acción constituye un solo delito–, o en una valoración jurídica, una pluralidad de acciones se considera un único delito. Se aprecia la existencia de un único delito en los supuestos de delito instantáneo, delito permanente, delito de efectos permanentes, delito continuado, delito masa, delito de hábito y complejo.

1. Delito instantáneo, en el que se incluirán la mayoría de los delitos, en que se produce la perfección con una sola acción, entendida ésta como la realización de sucesivos movimientos corporales ininterrumpidos, o interrumpidos en breve pausa, coordinados por una unidad de propósito.

2. Delito permanente, en que se produce una situación de ataque a un bien jurídico, que se mantiene por la persistencia de la voluntad del sujeto, que, en cualquier momento puede poner fin a la misma (delito de detención ilegal, por ejemplo).

3. Delitos de efectos permanentes, o de estado según JIMENEZ DE ASÚA, aquellos que crean una situación antijurídica permanente que no está en la voluntad del autor cancelar (delitos de falsificación o bigamia, entre otros).

4. Delito continuado o de continuidad, regulado en el artículo 74 del Código Penal para sancionar al “*que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza*”. Se comprenden, pues, en esta figura dos supuestos claramente diferenciados: uno, en que la actuación del autor o autores es en ejecución de un plan preconcebido (es decir, el caso de “dolo conjunto”); y otro, en que el sujeto aprovecha idéntica ocasión (supuesto de “dolo continuado”). En ambos casos, se exige además la concurrencia de los siguientes requisitos: a) pluralidad de acciones y omisiones; b) homogeneidad del bien jurídico; c) identidad, o al menos semejanza, del precepto penal violado; y d) es indiferente que la ofensa afecte a uno o varios de los sujetos pasivos³.

5. Delito masa, también llamados fraudes colectivos. Es una manifestación del delito continuado –infracciones contra el patrimonio-, en los que se agrava la pena por el perjuicio total causado⁴. Denominador común de esta modalidad de delincuencia patrimonial es que existe una engañosa puesta en escena dirigida a una colectividad indeterminada, cuyos componentes individuales, a causa del error en ellos creado, realizan actos de disposición patrimonial, en perjuicio propio o de un tercero y en ilícito beneficio del defraudador. El delito masa se regula en el artículo 74.2 del Código Penal aunque no se le denomine así expresamente⁵.

6. Delito de hábito, constituido por diferentes acciones u omisiones que aisladamente no están penadas por la ley, pero sí lo está su repetición (delito de receptación de faltas contra la propiedad).

7. Delitos complejos, aquellos constituidos por dos acciones que, independientemente, son constitutivas de delito y, artificiosamente, por disposición legal, se sustraen de las normas del concurso real o ideal y se consideran como constitutivas de un solo delito, con dos resultados (robo con homicidio, por ejemplo).

III. LA TEORÍA DEL CONCURSO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) CONCURSO APARENTE DE LEYES.

El concurso de normas tiene lugar cuando *aparentemente* una determinada conducta ilícita, que ataca un mismo bien jurídico, es lógicamente subsumible en dos o más normas sancionadoras (administrativas y/o penales).

Cuando el concurso se produce entre la norma penal y la administrativa, el concurso se resuelve a favor de la norma penal. El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 2/2003, de 16 de enero, dictada en Sala General, afirma que *“La decisión sobre qué hechos han de ser objeto de sanción penal compete en exclusiva al poder legislativo... Pero, una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal*

son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal”, lo que determina que en “casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal”.

Tanto el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 7) como la legislación administrativa sectorial reiteran esta preferencia y establecen la obligación de la Administración de abstenerse de continuar o iniciar un procedimiento sancionador en tanto la autoridad penal no se pronuncie⁶.

En caso de concurrencia de normas administrativas, para determinar la norma aplicable la doctrina y la jurisprudencia administrativa (STS 1-6-2000 [RJ 2000\7058]) acuden a los criterios elaborados por la dogmática jurídico-penal, ahora consagrados en el artículo 8 del Código Penal (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad).

El concurso de normas –o leyes- es un instrumento de garantía del principio *non bis in idem*⁷, principio que proscribe la duplicidad de sanciones cuando existe identidad de sujeto, hecho y fundamento. Según el Tribunal Constitucional el *non bis in idem* va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el artículo 25 de la Constitución y por tanto participa de la naturaleza de derecho fundamental. El Tribunal ha ido perfilando su alcance en reiteradas sentencias con pronunciamientos en ocasiones controvertidos y polémicos. Excede de este trabajo el estudio de la citada jurisprudencia, sólo diremos que el Tribunal Constitucional en sentencia 2/2003, de 16 de enero, dictada en Pleno, ha cambiado la doctrina contenida en las sentencias 177/1999 y 152/2001, y afirma con rotundidad que “*en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas por ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla*” (FTO. JCO. 10), motivo por el que estima que la existencia de una condena penal tras una previa sanción administrativa firme no vulnera el principio *non bis in idem*⁸.

B) CONCURSO DE INFRACCIONES.

Al igual que en el Derecho penal la regla general en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador es que cada acción ilícita constituye una infracción y que al sujeto infractor se le impondrán todas las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas (concurso real), y las excepciones, en función de la valoración jurídica de la acción delictiva efectuada por el legislador, se viene a construir a través del llamado concurso ideal, la infracción continuada, la infracción permanente y la habitual.

a') Concurso ideal de infracciones.

El concurso ideal de infracciones se produce cuando una acción ilícita es susceptible de ser subsumida en el supuesto de hecho de dos o más infracciones administrativas al lesionar diversos bienes jurídicos protegidos (concurso ideal en sentido estricto), o cuando una de las infracciones es medio necesario para cometer otra (concurso medial). Son, pues, elementos esenciales del concurso ideal, que permiten diferenciarlo de instituciones afines, la unidad de hecho y la pluralidad de ilícitos: así, mientras el primero de estos elementos lo distingue del concurso real y de las figuras de la infracción continuada, permanente y habitual, el segundo de ellos lo distingue del simple concurso de normas.

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) no hace ninguna referencia al denominado concurso ideal de infracciones, sí que lo que hace en cambio el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RPS) que regula una de las modalidades de concurso ideal prevista en el Código Penal (art. 77), el denominado concurso medial o por conexión, en el artículo 4.4 (*"En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida"*). No obstante, esta carencia de regulación específica del concurso ideal en sentido estricto en la legislación administrativa

general, no en ciertas leyes sectoriales⁹, lo cierto es los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo vienen aplicando con carácter supletorio la regla punitiva del artículo 77 del Código Penal en los casos en los que un mismo hecho es constitutivo al tiempo de dos o mas infracciones administrativas.

La doctrina administrativa ha puesto de manifiesto que la aplicación de la regla punitiva en el concurso ideal puede plantear dificultades¹⁰. A diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal en el que las penas son más o menos homogéneas y que el órgano que las aplica es el mismo dado el monopolio estatal, en el Derecho Administrativo sancionador las sanciones presentan mayor heterogeneidad y, salvo que se trate de infracciones previstas en la misma norma, es probable que los órganos competentes para resolver y tramitar las distintas infracciones correspondan a diferentes Administraciones¹¹ o a órganos diferentes dentro de la misma Administración, supuestos en los que al no existir una única autoridad administrativa con competencia sancionadora no podría aplicarse la reducción de la sanción que conlleva la apreciación de concurso ideal de infracciones.

Interesa destacar que la aplicación de la regla punitiva del artículo 77 del Código Penal, o del artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, con la atenuación de la sanción correspondiente, no implica variación del órgano administrativo competente para sancionar conforme a las normas delimitadoras de la competencia que están referidas a un momento lógico anterior, de las que aquella atenuación no es sino un acto aplicativo (STS 9-6-1999, FTO. JCO. 2º, RJ 1999\6393).

Vistos los aspectos más relevantes de esta institución, centrémonos en algunas de las sentencias dictadas por los Tribunales del orden contencioso-administrativo, primero, las relativas al concurso ideal, y después, las referentes al concurso medial.

-Sentencia de 9 de junio de 1999 del Tribunal Supremo (RJ 1999\6394). Una empresa es sancionada por dos infracciones, una, consistente en la realización de horas extraordinarias por menores de dieciocho años, y otra, en someterlos a condiciones de trabajo nocivas para su salud. La

sentencia recurrida consideró que se había vulnerado el principio *non bis in idem* pues las dos sanciones impuestas se basaban en la infracción de una norma única, el art. 6 ET. El Tribunal Supremo, en cambio, estima que existen dos infracciones porque la conducta de la empresa lesiona dos bienes jurídicos distintos desde el punto de vista legal *“en el número 2, de forma directa la salud del menor en relación a la ejecución del trabajo afectada por sustancias nocivas y peligrosas que inciden directamente en un quebranto de la salud; en el segundo, su protección frente a agotadoras jornadas de trabajo... sin que ninguno de tales aspectos sea medial para la realización del otro”*, por lo que no aprecia vulneración del principio *nom bis in idem*.

No obstante, el Tribunal Supremo no acepta la acumulación de las dos sanciones impuestas por la Administración y estima que debe imponerse una única sanción dado que los hechos, que en este caso constituyen una unidad sociológica, constituyen dos infracciones y *“en ausencia de norma específica en contra del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del derecho penal dada la semejanza de la materia regulada en él y en el Administrativo Sancionador; en tales circunstancias, en la determinación de la sanción aparece aplicable para la determinación de la sanción la norma del art. 77 del CP”* (FTO. JCO. 4º).

-Sentencia de 15 de junio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (JUR 2005\176357). La Administración impuso a un farmacéutico una sanción por infracción grave a la Ley 25/1990, del Medicamento. El recurrente mantiene que es de aplicación el Real Decreto 140/1977, por el que se desarrolla el artículo 125 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre faltas y sanciones a farmacéuticos titulares de oficinas de farmacias en su actuación en la Seguridad Social, que establece sanciones más benignas. La Sala tras estudiar los bienes jurídicos protegidos por ambas normas concluye que *“cuando se incurre en alguno de los tipos previstos en la Ley del Medicamento, pero en el seno del régimen de Seguridad Social –como es el caso que se debate–, se realiza una única acción que, sin embargo, lesiona dos bienes jurídicos distintos y constituye por tanto dos infracciones, dando lugar*

a una situación de concurso ideal de infracciones (artículo 77 del Código Penal). Si se comete al margen de la relación de Seguridad Social (como en el caso contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1999, por ejemplo), solo se lesionan los bienes jurídicos protegidos por la Ley del Medicamento". Así las cosas, y ante un concurso ideal de infracciones, la Sala estima que debe aplicarse la regla del artículo 77 de Código Penal.

-El Tribunal Supremo en expedientes disciplinarios incoados a sociedades que operan en el mercado de valores ha dictado reiteradas sentencias en las que niega la existencia de concurso medial al no existir ni igualdad de hechos ni relación de instrumentalidad en las irregularidades contables detectadas y sancionadas por la Administración, por lo que no se dan los presupuestos de aplicación del artículo 4.4 RPS, y deben sancionarse las irregularidades como infracciones autónomas e independientes (Sentencias de 11 de noviembre 1998 [1998\10246], 17 de noviembre de 1998 [RJ 1998\10436], de 8 de febrero de 1999 [RJ 1999\1518], 20 de mayo de 1999 [RJ 1999\4158], entre otras).

-Sentencia de 13 de mayo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA 2004/992). Se sanciona a una empresa con dos multas, una por realizar con uno de sus buques vertidos de fuel-oil en las aguas del puerto de Bilbao; otra, por incumplir el plan de emergencia a bordo en caso de contaminación por hidrocarburos y por la presencia de fuel en el tanque de lastre. La Sala de lo Contencioso considera que *"la conexión entre los hechos perseguidos en ambos es absoluta y que, en todo caso, el incumplimiento del plan de contingencias y la presencia de fuel en el tanque de lastre constituyen los presupuestos fácticos y culpabilísticos de la imposición de ambas sanciones. Es cierto, como alega el Abogado del Estado, que en un expediente se sanciona el «vertido» y en otro «el incumplimiento del plan de contingencias o la existencia indebida de fuel en un tanque de lastre... Sin embargo lo relevante, desde la perspectiva de la existencia del concurso medial, no es tanto que puedan identificarse idealmente dos conductas distintas, sino qué grado de relación o conexión existe entre las mismas. Dicho de otro modo, ha de determinarse, como dice la jurisprudencia, si existe «una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás». Desde esta perspectiva, es*

claro que la Administración debió aplicar al caso concreto el precepto contenido en el antes transcrito artículo 4, apartado 4º del Lo expuesto permite extraer una primera e importante consecuencia: dada la conexión entre ambas conductas, la Administración debió, por imperativo del precepto mencionado, sancionar sólo la infracción más grave (el vertido) y no imponer sanción alguna por la más leve (el incumplimiento del plan y la presencia de fuel-oil en el tanque de lastre) (FTO. JCO. 2º)".

b') Concurso real de infracciones y la infracción continuada.

En el Derecho punitivo los supuestos de "identidad subjetiva" y "pluralidad fáctica" en la comisión de comportamientos antijurídicos son susceptibles de dar lugar a dos figuras elaboradas por la dogmática penal, ambas productoras de efectos jurídicos bien diversos, de una parte, la del concurso real de infracciones, y por otra, la figura de la infracción continuada¹².

La LRJ-PAC no hace ninguna referencia a la infracción continuada, sí que lo que hace en cambio el RPS que define la infracción continuada de forma semejante al Código Penal (art. 74) en el artículo 4.6 como la *"realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*, y que contiene en el mismo precepto, inciso primero, una norma de carácter exclusivamente procedimental aplicable a la infracción continuada y al concurso real de infracciones, que dice que *"no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo"*.

Al igual que en el Derecho penal la regla general en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador es que cada acción ilícita constituya una infracción y que al sujeto infractor se le impongan todas las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas (concurso real). Sin embargo, será de aplicación la figura de la infracción continuada cuando junto a esta pluralidad de acciones ilícitas concurren los otros dos elemen-

tos definidores de esta construcción doctrinal, es decir, que esta pluralidad de conductas “*infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos*” y que “*se realicen en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.

La jurisprudencia y la doctrina administrativa a la hora de definir la infracción continuada y sus presupuestos de aplicación acuden al Derecho Penal. Así, GARBERÍ LLOBREGAT tras analizar los presupuestos generales del delito continuado en la jurisprudencia penal sistematiza los **requisitos de la infracción continuada** de la siguiente forma:

A) Identidad subjetiva:

a) Activa. La apreciación de la infracción continuada exige como en el Derecho penal la identidad del sujeto presuntamente responsable de la comisión de varias infracciones administrativas aunque como declara la jurisprudencia penal “puedan haber concurrido otros sujetos en conjunción con aquél, limitando éstos su intervención a hechos aislados y quedando, por ende, fuera del juego de la continuidad” (STS, 2ª, 20-12-1985, RJ 1985\6356).

b) Pasiva. A diferencia del Derecho penal en el que la apreciación del delito continuado es absolutamente independiente de la existencia de identidad de sujeto pasivo de la infracción (SSTS, 2ª, 28-11-1984 [RJ 1984\6008], 17-4-1985 [RJ 1985\2095], 10-7-1987 [1987\5321], entre otras) en materia administrativa sancionadora sí que es esencial la identidad subjetiva del ofendido ya que la autoridad administrativa ante la que se desarrolla el procedimiento ha de ser competente para el conocimiento y sanción de cada uno de los ilícitos. En otro caso, de estar legalmente repartidas las competencias sancionadoras en órganos administrativos diferentes, se hará imposible la apreciación de la infracción continuada al ser igualmente imposible acumular todas las imputaciones en un único expediente sancionador y su enjuiciamiento ante un único órgano de la Administración.

B) Pluralidad fáctica. Un segundo presupuesto del ilícito continuado, también requerido en la teoría del concurso real de infracciones, es la pluralidad fáctica, una sucesión de acciones –u omisiones- cada una de las cuales constituye en sí un delito –o infrac-

ción- que elementos o conexiones subjetivas y objetivas que las unifican, devienen en una unidad jurídica (SSTS, 2ª, 28-1-1988 [RJ 1998\501], 14-3-2003 [RJ 2003\2263], entre otras).

C) Proximidad espacial y temporal. Un tercer presupuesto de la infracción continuada, cuya concurrencia es esencial para determinar la nota definitoria de la “continuidad” radica en la necesidad de que las diversas acciones u omisiones tipificadas como infracciones se produzcan con “*análoga técnica operativa*” (STS, 2ª, 12-7-1985) y se desarrollen en un círculo espacial y temporal próximo (STS, 2ª, 21-1-1992 [RJ 1992\281] y 18-12-1992 [RJ 1992\10441]). Esta exigencia deviene de la propia norma que requiere que las diversas conductas ilícitas tengan su origen en “*la ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.

Por lo demás, el “plan preconcebido” requiere una trama preparada con carácter previo que abarque la realización de varios hechos delictivos, lo que es inconciliable con la reconducción a esta figura de acciones imprudentes o culposas (STS, 2ª, 4-3-1992, RJ 1992\1733), de forma que sólo es apreciable cuando el autor ha tenido que fraccionar la comisión del ilícito en distintos hechos parciales que por sí son típicos, pero que podrían haberse cometido con una única acción cuyo comienzo y final están perfectamente determinados por el proyecto del autor (STS, 2ª, 23-4-1992, RJ 1992\4058). La “identidad de ocasión”, por su parte, implica no sólo que el comportamiento antijurídico se manifieste con caracteres ejecutivos similares sino también que la ejecución tenga lugar dentro de cierta vinculación espacial y temporal que permita configurar la unidad de hecho (STS, 2ª, 15-4-1989, RJ 1989\8399), no limitándose al aspecto similar exterior de los hechos, pues, si así fuera, habría que admitir la continuidad prácticamente en todo concurso real homogéneo (STS, 2ª, 4-6-1990, RJ 1990\5117).

D) Dolo específico o continuado. También se exige como presupuesto la existencia de un dolo específico o conjunto -unidad del plan preconcebido- o dolo continuado -aprovechando idéntica ocasión- (SSTS, 2ª, 20-10-2000 y 14-3-2003 [RJ 2003\2263]).

E) Identidad y homogeneidad de bienes jurídicos lesionados. Por último, la infracción continuada requiere que las diversas

acciones u omisiones hayan infringido “el mismo o semejantes preceptos administrativos”. Sólo los casos de “semejanza normativa” ocasionan problemas de interpretación habiendo sido reconducida por la jurisprudencia, en último término, a la homogeneidad entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas vulneradas (SSTS, 2ª, 10-2-1982 [RJ 1982\641] y 29-4-1989 [RJ 1989\3576]).

La pluralidad de acciones u omisiones definidora de la infracción continuada puede plantear problemas a la hora de determinar cuándo ha de entender consumada la infracción y el cómputo del *dies a quo* de la prescripción de la infracción. PALMA DEL TESO afirma que la infracción continuada aparece a todos los efectos y por supuesto, también, en lo referido a la prescripción, como un todo indivisible diferente de las infracciones individuales, de tal forma que las infracciones aisladas han perdido su individualidad y no pueden prescribir¹³.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ambas cuestiones en reiteradas sentencias, la infracción se está cometiendo hasta el momento en que se efectúa la última acción ilícita, y es a partir de esa fecha cuando puede empezar a computarse el plazo de prescripción (SSTS 9-3-1995 [1995\1933], 4-5-1999 [RJ 1999\4793] y 23-6-1999 [RJ 1999\6402], entre otras). También, sostiene que la carga de la prueba de la prescripción no la soporta la Administración sino el presunto infractor porque el que crea una situación de ilegalidad no debe obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad (STS 18-12-1992 [RJ 1992\30], y las citadas en ésta).

El RPS a pesar de definir la infracción continuada no contempla su régimen sancionador razón por la que deberá acudir a la regla punitiva del apartado primero del artículo 74 del Código Penal, sin que quepa –a nuestro juicio- aplicar la prevista en el apartado segundo del citado artículo para la modalidad agravada delito continuado conocida como “delito masa”¹⁴.

Expuestos los presupuestos o requisitos de la infracción continuada, nos detendremos en algunas de las sentencias dictadas por los

Tribunales del orden contencioso-administrativo sobre esta figura, comenzando por aquéllas en que sí se ha apreciado su existencia:

-Sentencia de 24 de octubre de 1998 del Tribunal Supremo (RJ 1998\8849). En un supuesto en el que la Administración sancionó a una empresa como autora de dos infracciones administrativas muy graves en materia de juego (art. 28.1 de la Ley 2/1986, del Juego de la Junta de Andalucía) consistentes en la organización o explotación de juegos de azar sin autorización administrativa en distintas localidades y fechas diferentes, el Supremo confirma la sentencia dictada el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anuló una de las sanciones al estimar que los hechos sancionados eran constitutivos de una única infracción continuada, en base a la siguiente fundamentación:

“Son, pues, requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada, los que ha tenido en cuenta la Sala de primera instancia, a saber: la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción continua o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos”.

-Sentencia de 3 de noviembre de 1998 del Tribunal Supremo (RJ 1998\8215). Aprecia la existencia de una infracción continuada grave, y no dos infracciones administrativas graves como estimó la Administración, en un supuesto en el que una empresa omitió las preceptivas medidas de seguridad en una obra, en concreto, falta de protección frente al riesgo de caída en huecos, de una parte, y apertura de paredes, de otra, con grave riesgo para la salud o integridad física de los trabajadores. Dice el Alto Tribunal al confirmar la sentencia apelada que *“se trata de una sola infracción, pues no es que en un sitio se aprecie la existencia de falta de protección de una abertura en una pared y en otro la falta de protección de un hueco de un piso, sino que la falta de protección se aprecia en toda una planta y por tanto es procedente valorar sólo una infracción que cubre a los dos elementos –paredes y huecos- faltos de protección, si bien teniendo en cuenta esa circunstancia a efectos de graduar la sanción...”* (FTO. JCO. 2º).

-Sentencia de 23 de junio de 1999 del Tribunal Supremo (RJ 1999\6402). Se califica como infracción continuada la percepción durante más de un año prestaciones por desempleo cuando se estaba trabajando por cuenta propia.

-Sentencia de 4 de noviembre de 1998 del Tribunal Supremo (RJ 1998\9591). Aplica la figura de la infracción continuada en relación con la actuación irregular de una sociedad de bolsa por desarrollar de modo continuado una actuación tendente a simular determinadas operaciones financieras. Dice el Tribunal Supremo *“las tres simulaciones detectadas, puesto que responden a una misma finalidad, no se sancionan como tres infracciones independientes, sino como una única infracción de transferencia continuada en el tiempo apreciando las circunstancias de gravedad que concurren en el caso”*.

-Sentencia de 18 de diciembre de 1998 del Tribunal Supremo (RJ 1998\10471). Aprecia la comisión de una infracción continuada consistente en fraude en las reparaciones aparatos frigoríficos, conducta tipificada en la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 34.4).

-Sentencia de 14 de mayo de 2004 del Tribunal Supremo (RJ 2004\3773). Califica de infracción continuada, que se produce a lo largo de todo el servicio, las conductas gravemente contrarias a la disciplina no constitutivas de delito realizadas por un guardia civil a quien se abrió expediente disciplinario por tales hechos.

-El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de forma constante aprecia la existencia de infracción continuada en los supuestos de transportes de mercancías realizados sin tarjeta de transportes cuando dicha carencia afecta tanto la cabeza tractora del vehículo como al semirremolque (Por todas, sentencias de 22 de octubre de 1998 y 1 de abril de 2004).

En cambio, se rechaza la aplicación de esta figura, en las siguientes sentencias:

- Sentencia de 10 de febrero de 2003 del Tribunal Supremo (RJ 2003\2074). Estima que la falta grave de consideración de un juez para con un ciudadano y su letrado constituyen dos faltas disciplinarias graves y no una sola infracción continuada. Dice el Tribunal:

“Existen dos faltas graves de consideración, perfectamente individualizadas, consistentes en hechos (expresiones) muy distintos, que incluso se encuentran mencionadas separadamente, aunque dentro del número 5 del artículo 418 de la la primera como falta

grave de consideración respecto de los ciudadanos y la segunda como falta grave de consideración respecto a los Abogados. En efecto, una de las infracciones disciplinarias consiste en una falta grave de consideración respecto a un ciudadano ..., respecto del cual se ridiculiza su situación de interno y su enfermedad. La otra es una falta grave de consideración respecto a un Letrado y por una causa totalmente diferenciada. El Juez la comete calificando las alegaciones del Letrado como dislate, argumentos mendaces y ruines o «estulticias de esta ralea», expresiones todas que ninguna relación causal o de otra clase guardan con las utilizadas respecto a la situación del interno ..No puede estimarse pues que existe una sola infracción ni que se ha producido una infracción con los requisitos de conexión necesarios para ser calificada como una falta continuada” (FTO. JCO. 4º).

-Sentencia 24 de enero de 2006 del Tribunal Supremo (RJ 2003\2074). No aprecia la existencia de una única infracción continuada sino tres infracciones leves (todas ellas consistentes en el incumplimiento de horario de cierre) las impuestas a una discoteca por vulneración de los límites de horarios, conducta tipificada en la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana. Sostiene el Tribunal que no hay tal infracción continuada pues “*pues para que la haya deben concurrir los elementos que prevé el propio artículo 4.6 –del Real Decreto 1398/1993-, invocado por la sociedad recurrente, y que son tres: una pluralidad de acciones u omisiones; infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos; y planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión. Es este tercer elemento (en cualquiera de sus dos manifestaciones) el que aquí no se da”* (FTO. JCO. 2º).

-EL Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia viene rechazando de forma reiterada la existencia de infracción continuada en los casos de retrasos en el cierre de establecimientos públicos con vulneración de la Ley valenciana 2/1991, de Espectáculos, Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas. Por todas, señalamos la sentencia de fecha 26 de julio de 2004 (RJCA 2004\88), y las citadas en ésta, en las que la Sala advierte que “*con la teoría de la infracción continuada se debe ser extremadamente prudente si no queremos incurrir en el absurdo, como sería el supuesto del conductor que no observa la señalización semafórica y que adujese conforme lo van sancionando que tiene un plan*

preconcebido de no respetar los semáforos o reiteradamente conducirse bajo la influencia de bebidas alcohólicas” (FTO. JCO. 6º).

-Sentencia de 11 de junio de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (RJCA 2001\1143). Inspeccionadas cuarenta y tres sucursales de un mismo Banco se comprueba que en veintiocho de ellas se incumplían las normas de prohibición de fumar y señalización de zonas diferenciadas. Por ello, la Administración consideró cometidas veintiocho infracciones e impuso veintiocho sanciones. Recurrida la resolución sancionadora, y ante la alegación del Banco de que se trataba de una infracción continuada, la Sala contesta que *“no se está en presencia de una infracción continuada...sino ante veintiocho infracciones independientes, por cuanto el incumplimiento se produce en veintiocho oficinas bancarias, no son idénticas, y no se está ante un plan preconcebido habida cuenta la observancia en otras sucursales”*.

LAS INFRACCIONES PERMANENTES, LAS INFRACCIONES DE ESTADO Y LAS INFRACCIONES COMPLEJAS¹⁵.

En Derecho Administrativo sancionador al igual que ocurre en el ámbito penal frente a las denominadas infracciones instantáneas que se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce de una manera momentánea, sin crear una situación anti-jurídica duradera, existen las llamadas infracciones permanentes, y las infracciones de efectos permanentes o de estado, en función del momento en que se consume el ilícito.

Las infracciones permanentes determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo por la voluntad persistente del infractor, que en cualquier momento puede poner fin a la misma. La infracción permanente se diferencia de la continuada en que esta última requiere la realización de una pluralidad de acciones, mientras que en la primera la situación antijurídica proviene de una única conducta reiterada por una voluntad duradera (STS 24-10-1998, RJ 1998\8849).

El Tribunal Supremo contempla de forma expresa la figura de las infracciones permanentes. Así, califica de infracción permanente y continuada una infracción urbanística consistente en un exceso de obras por

ampliación de vivienda de portería que indebidamente se usa como oficina ya que es *“claro que el continuar manteniendo el destino prohibido de la construcción realizada de Oficina en lugar de dedicarlo a vivienda del encargado de la finca es una infracción permanente y continuada que no puede producir la prescripción de la falta cometida por la doble razón de que no ha dejado de producirse y además porque la prescripción es una institución para salvaguardar la seguridad jurídica pero nunca para proteger conductas contrarias a la ley”* (STS 9-2-1983, [RJ 1983\812], y en términos semejantes, STS 19-11-1987 [RJ 1987\9244] y 16-5-1998 [RJ 1998\3627]). También, la infracción de “no destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente” tipificada en la legislación de viviendas de protección oficial, *“es de las que en derecho se denominan “permanentes” esto es, que subsisten mientras no cesa la situación que la motiva ni por tanto se inicia el cómputo del plazo para su prescripción”* (STS 30-10-1991, RJ 1991\9175)¹⁶.

Las infracciones de efectos permanentes o de estado se caracterizan porque el tipo normativo sólo describe la producción de un estado antijurídico, pero no su mantenimiento. Como señala PALMA DE TESO, la infracción también crea un estado antijurídico duradero —como las permanentes— pero, en este caso, la infracción se consuma cuando se produce la situación antijurídica, por lo que el cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento de la consumación del ilícito, al crearse el estado antijurídico.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de abril de 1989 (RJ 1989\3158) distingue la infracción administrativa permanente y la infracción de estado. En el caso enjuiciado, la Administración había impuesto una sanción por ejecución de un sondeo para alumbramiento de aguas subterráneas. Según pone de relieve el Tribunal la norma *“tipifica como contravención la ejecución...de obras clandestinas o abusivas de alumbramiento de aguas subterráneas, en aquellas partes del territorio nacional en que para su realización se precise la previa autorización administrativa”*. Pues bien, la Administración alegaba que se trataba de una infracción permanente, a lo que contesta afirmando el Tribunal Supremo afirmando que no *“resulta atendible la opinión de que el funcionamiento de las instalaciones de bombeo de que el está dotado el pozo impliquen*

una infracción permanente, pues el acto ilícito tipificado está constituido por la ejecución de las obras de alumbramiento sin autorización, no por el aprovechamiento de sus efectos". Por tanto, aunque el Tribunal no lo afirma explícitamente enmarca el ilícito cometido en las infracciones de estado y descarta la comisión de una infracción permanente.

Las infracciones complejas se caracterizan porque el tipo prevé la realización de varios actos o la comisión de la infracción en distintas fases dirigidas a la consecución de un único fin. Por ello, la infracción no se consume hasta que se han realizado todas las acciones previstas en la norma, y el *dies a quo* del plazo prescriptivo ha de ir referido no a los hechos o actos iniciales, sino a los finales o de terminación. Una modalidad de este tipo de infracción, es la infracción hábito que se caracteriza por la realización de conductas que de manera aislada no constituyen infracción, pero sí en cambio su repetición.

El Tribunal Supremo de forma constante contempla la infracción compleja en las parcelaciones urbanísticas ilegales si bien de forma confusa ya que se alude al tiempo con poco rigor a las infracciones permanentes y continuadas (SSTS 16-10-1984 [1984\6602], 7-2-1986 [1986\1421], 10-11-1986 [1986\7828], 19-11-1987 [1987\9244], 1-6-1988 [1988\4517], 23-11-1988 [1988\9155], y 13-3-1990 [1990\1963]).

BIBLIOGRAFÍA

- LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo, II*, Ed. Civitas, 7ª, 1997.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Ed. Comares, 2004.
- GARBERI LLOBREGAT, J., *El procedimiento sancionador*, ED. Tirant lo Blanc, 1994.
- CANO CAMPOS, T., "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública* nº 156, 2001, pág. 246.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., "La determinación de la sanción administrativa", *Revista Justicia Administrativa* número extraordinario 2001.
- PALMA DEL TESO, A., "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción", *REDA* nº 112, 2001.

JAÉN VALLEJO, M., "Principio constitucional non bis in idem. A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003", Actualidad Jurídica Aranzadi nº 584, 2003.

ACITORES DURÁN, J., "El concurso real de infracciones administrativas y el procedimiento sancionador", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 21, 1994.

BELTRÁN DE FELIPE, M., "Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 39-40, 2005.

NOTAS:

¹ Dice SUAY RINCÓN, en la obra colectiva Derecho Administrativo, La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 199, *"la potestad sancionadora de la Administración no es, en efecto, un compartimento estanco frente al Derecho Penal, sino sólo una manifestación específica del genérico ius puniendi del Estado; debiendo acomodarse, por tanto, a los principios clásicos del ordenamiento penal, en cuanto manifestación típica e históricamente consolidada de la disciplina del referido ius puniendi en el marco de un Estado de Derecho"*.

² LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 1998, pags. 269 y ss.

³ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2000 (RJ 2000\8278) y 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\2263): *"La continuidad exige: A) Que se obre en ejecución de un plan preconcebido, actuando el sujeto con dolo unitario que abarque desde el principio todas las acciones plurales a ejecutar; esto es, cuando hay "una trama preparada con carácter previo, programada para la realización en varios actos", y en la que el dolo unitario "se va reflejando en cada uno de los actos fragmentarios en que se produce la ejecución del total plan preconcebido" (). B) O que se obre aprovechando idéntica ocasión, actuando con dolo de continuación en que se renueva la voluntad delictiva al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; como dijo ya esta Sala en Sentencia de 4 de junio de 1990 "se trata de una ocasión que por sí misma permita la realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior", si bien "la idéntica ocasión no se confunde con ocasiones similares ni se limita al aspecto exterior de los hechos". C) La realización en uno u otro caso, de pluralidad de acciones u omisiones típicas que guarden una cierta proximidad espacio-temporal. D) Infracción de preceptos penales de igual o semejante naturaleza. Y E) Identidad de sujeto activo con ofensa a un mismo o distintos sujetos pasivos"* (FTO. DCHO. 18º).

⁴ En cuanto a la distinción del delito continuado y delito masa, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998\8183) sostiene: *" El delito continuado se puede diferenciar conceptualmente del "delito masa en el plan de ejecución y en la conformación del sujeto pasivo. Así como el delito continuado puede darse frente a un solo sujeto pasivo, el delito masa exige necesariamente una multiplicidad de perjudicados. Es cierto que el actual artículo 74.2 admite el delito continuado frente a una generalidad de personas, pero no se puede olvidar que así como en el artículo 74.1 se recogen los requisitos o elementos del delito continuado, en el artículo 74.2 se confunde el delito continuado con el "delito masa" pasando este último a ser una especialidad que se produce esencialmente en los delitos contra el patrimonio, cuando el perjuicio se extiende a un número considerable de perjudi-*

cados Resulta indiferente, a los efectos de configurar el "delito masa", que el sujeto pasivo sea una pluralidad indiferenciada de personas inicialmente anónimas e impersonalizadas, pero que se concretan e individualizan cuando el sujeto o sujetos activos, hacen caer uno a uno en las redes del engaño. Como se ha dicho por un sector doctrinal, el delito masa guarda una relación de especialidad con el delito continuado y así lo considera el Código vigente, al diferenciar, como ya se ha dicho, el concepto genérico del delito continuado (artículo 74.1) aplicable a cualquier género de delito (salvo los que afecten a bienes eminentemente personales), del delito masa que se materializa y especifica cuando las reiteradas infracciones delictivas de carácter patrimonial afectan a una generalidad de personas".

⁵ Sobre los presupuestos de aplicación del denominado delito masa, entre otras, señalamos las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\6351) y 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\2181).

En cuanto a la incompatibilidad del delito masa con la figura agravada de estafa, por todas, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006\898).

⁶ A título de ejemplo pueden citarse: art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; art. 100 de la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de medicamentos y productos farmacéuticos; art. 55.2 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

⁷ CAMPO CANO, T., en su artículo "El non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", RDA nº 156, 2001, pág. 245, señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a vincular el principio *nom bis idem* con las distintas modalidades del concurso de infracciones, lo que a su juicio no es correcto ya que el *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos sanciones por la comisión de un único hecho ilícito (o antijurídico), mientras que el concurso de infracciones parte precisamente de lo contrario, de la pluralidad de ilícitos, como su propio nombre indica. En el concurso real de infracciones la pluralidad infractora deriva de una pluralidad de hechos, en el concurso ideal la pluralidad infractora de la distinta valoración jurídica de un mismo hecho.

⁸ En la controvertida STC 177/1999, el Tribunal Constitucional otorgó amparo al demandante que había sido sancionado primero por la Administración y después por el Juez penal. En este supuesto, idéntico en lo esencial al que se plantea en la STC 2/2003, pues también el órgano jurisdiccional había tenido en cuenta la sanción administrativa previa al imponerle la pena, el Constitucional declaró que "*la interdicción del «ne bis in idem» no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental"* (FTO. JCO. 3º).

⁹ A título de ejemplo, artículo 94.2 de la Ley 22/1988, de Costas: "*Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción*".

¹⁰ CANO CAMPOS, T., "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", Revista de Administración Pública nº 156, 2001, pág. 246.

IZQUIERDO CARRASCO, M., "La determinación de la sanción administrativa", Revista Justicia Administrativa número extraordinario 2001, págs. 207 y ss., considera que aunque la redacción del precepto es loable genera algunas disfunciones: "*En primer lugar, se habla de la sanción correspondiente a la infracción más grave, lo que ...no significa que aquélla aparezca calificada como infracción más grave haya que tener necesariamente atribuida una sanción superior a la otra que se califica como menos grave...por lo que la regla concursal lógica en el Derecho Administrativo Sancionador sería referirse no a la gravedad de la infracción sino directamente a la de la sanción.- En segundo lugar, la regla que se ha previsto consiste en la simple absorción de sanciones y no, como en el Código Penal, de una absorción con agravación. Esto es, en principio la Administración una vez determinada la infracción más grave, puede sancionar ésta en toda su amplitud y no, como señala el Código Penal, en su mitad superior. Sin embargo, el juicio de reprochabilidad obliga a ello, por lo que la Administración ha de apreciar necesariamente que una infracción va a quedar impune como elemento para agravación de la sanción, sin necesidad de que la "conurrencia con otras infracciones" se recoja expresamente entre los criterios para la graduación de la pena*".

¹¹ Este problema se plantea en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2005 (FTO. JCO. 2º).

¹² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento sancionador*, ED. Tirant lo Blanc, 1994, págs. 447 y ss.

¹³ PALMA DEL TESO, A., "*Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción*", REDA nº 112, pág. 568.

¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en su obra *El procedimiento sancionador*, no se plantea esta cuestión, pero parece inclinarse por su aplicación al remitirse de forma general a la regulación del artículo 69 bis (en la actualidad art. 74 CP). Por la postura contraria parece inclinarse GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., en su libro *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Ed. Comares, 2004, págs. 191-192.

¹⁵ PALMA DEL TESO, A., "*Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción*", REDA nº 112, pág. 556.

¹⁶ Los Tribunales Superiores de Justicia también admiten expresamente este tipo de infracción. El de la Rioja, califica de infracción permanente la creación y utilización de un vertedero de escombros y estiércol sin licencia, que cesa en el momento de legalizarse la actividad ilegalmente ejercida (STSJ 26-7-2002, RJCA 2002\920). El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, considera tal aunque no lo diga expresamente, tener acotada indebidamente una superficie de terreno para coto de caza (STSJ 12-1-2002, RJCA 2000\2).

LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS EN CASTILLA-LA MANCHA

ANTONIO J. NAVARRO ESPEJO

Ltrado Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

INDICE: I. EL NACIMIENTO DE LA EVALUACIÓN MEDIOAMBIENTAL. II. NORMATIVA REGULADORA II.A NORMATIVA COMUNITARIA. II.B NORMATIVA BASICA ESTATAL. II.C NORMATIVA AUTONÓMICA: *AMBITO DE APLICACIÓN*. III. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. IV. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS. IV.1 OBJETO Y CARACTERES. IV.2 NATURALEZA JURIDICA. IV.3 EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: a) Procedimiento ambiental específico. b) Procedimiento dependiente. c) Órgano ambiental y órgano sustantivo. d) Requisito de validez: *nulidad de pleno derecho*. V. ACTIVIDADES SOMETIDAS A EVALUACIÓN: *RESERVA DE LEY*. VI. ORGANO MEDIOAMBIENTAL AUTONÓMICO. VII. LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL DE PROYECTOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. *Ámbito de aplicación y tipos de evaluación:* a) Principios del procedimiento autonómico. b) Inicio del Procedimiento. c) Consultas y notificaciones. e) Solicitud al órgano sustantivo. f) El Estudio de Impacto Ambiental (EstIA). g) La Declaración de Impacto Ambiental (DIA). VIII. CONCURRENCIA DE AUTORIZACIONES AMBIENTALES. IX. RÉGIMEN SANCIONADOR

RESUMEN: En este artículo el autor trata de exponer algunos instrumentos que intentan prevenir los daños al medio ambiente ocasionados por determinadas actividades humanas, en particular la evaluación de impacto ambiental de proyectos, diferenciándola de otras evaluaciones ecológicas - como la evaluación ambiental estratégica. - y de otros permisos y autorizaciones de carácter medioambiental y preventivo, como pueden ser la licencia de actividad clasificada o la autorización ambiental integrada. Instrumentos que no son excluyentes, si no de carácter acumulativo muchos de ellos, con el riesgo de solapamiento entre los diversos procedimientos.

I. EL NACIMIENTO DE LA EVALUACIÓN MEDIOAMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental (EvIA en lo sucesivo) y su instrumento más conocido, que es el estudio de impacto ambiental (EstIA), nacieron a finales de la década de los sesenta en Estados Unidos de Norteamérica. Su objetivo inicial era obligar a la Administración federal (central) de aquel país a tener en cuenta las posibles consecuencias ambientales de sus proyectos y políticas que pudieran tener fuertes implicaciones en el entorno de las personas. La Ley norteamericana de política ambiental (*National Environmental Policy Act* – NEPA -), aprobada en 1969, fue la primera de su tipo, el primer instrumento normativo que exigía la evaluación de impacto ambiental, pero el ejemplo influyó en muchos otros países que sucesivamente se fueron dotando de figuras similares.

A partir de los años 70, la difusión de las EvIA no se ha limitado a marcos legislativos nacionales, sino que ha sido adoptada también por organismos internacionales como el Banco Mundial o el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). La propia *Declaración de Río* sobre Desarrollo y Medio Ambiente (1992) recomienda aplicar este procedimiento para cualquier actividad de nueva implantación¹. Esta materia ha sido objeto de especial interés por las Organizaciones Internacionales dado que sus efectos, como en general los relacionados con el medio ambiente, son de carácter mundial.

II. NORMATIVA REGULADORA

II.A NORMATIVA COMUNITARIA

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contenían objetivos medioambientales claros, lo que se explica por la fecha en que fueron firmados (1951 el Tratado de París y 1957 los de Roma) pero el movimiento ecologista no deja impasible a los Estados miembros. La Comunidad Europea asiste a la Conferencia de Estocolmo, y en octubre de ese mismo año 1972, en la Cumbre de París, de Jefes de Estado y de Gobierno, se formula una Declaración política estableciendo que la expansión económica no constituye un fin en sí misma, sino que debía traducirse en una mejora tanto de la calidad como del nivel de vida; y asume, como propia, la misión de protección del medio ambiente.

Al no hacer mención expresa los Tratados fundacionales, y no darse por tanto una directa atribución de competencias a la Comunidad en materia ambiental se acudió a la teoría de los *poderes implícitos* que permiten el ejercicio de poderes no previstos en el Tratado pero que resultan necesarios para lograr el funcionamiento del mercado común; y al instrumento de la armonización normativa entre las legislaciones nacionales como fórmula para actuar en materia medioambiental, refrendadas en ambos casos por el Tribunal de Justicia².

La ausencia de una base jurídica clara no impidió la formación de una política ambiental comunitaria cuyos objetivos fueron llevados a la práctica mediante los Programas de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente (PACMA). Con la aprobación formal del Primer PACMA (1973-77) se inicia, en la práctica, una verdadera política comunitaria en materia de protección medioambiental. El último, es el Sexto Programa de Acción (2001-2010), que incluye entre sus estrategias la de integrar la problemática ambiental en otras políticas o la necesidad de introducir la dimensión ambiental en las decisiones sobre planificación y gestión de los usos del suelo.

La política medioambiental de la Comunidad, perfectamente definida en la práctica se incorpora al Derecho originario a través del Acta Única Europea de 1986 y del Tratado de la Unión Europea de 1992, donde se califica expresamente como una más de las *políticas comunitarias*. El Título XIX del Tratado constitutivo de la Comunidad europea, artículos 174 a 176, se dedica actualmente al Medio Ambiente.

La introducción en el ámbito comunitario de la técnica de la evaluación del impacto ambiental no se consiguió hasta mediados de los años ochenta, concretado en la **Directiva Europea 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985**, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que ha sufrido diversas modificaciones³.

El medio ambiente es una competencia compartida entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, regida por el principio general de subsidiaridad (art. 5 TCE), que nació, como el de horizontalidad,

precisamente en este ámbito y actualmente elevados ambos a la categoría de Principios. Las Directivas son el instrumento más respetuoso con el principio de subsidiariedad, porque en teoría tan sólo contienen los resultados a alcanzar, dejando en manos de los Estados la elección tanto de la forma, como de los medios. La legislación comunitaria es de *mínimos*, pudiendo establecer los Estados miembros medidas más severas de protección, con el límite de que tales medidas no puedan afectar a los objetivos del Tratado, y en particular al funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros tienen a su cargo la *financiación* y la *ejecución* de la política en materia de medio ambiente. La ejecución del Derecho comunitario, en general, debe realizarse por los Estados miembros de acuerdo con el orden constitucional doméstico de poderes y según el sistema interno de distribución de competencias entre las distintas administraciones territoriales⁴. A la Comunidad Europea le corresponde la supervisión de la ejecución⁵.

II.B NORMATIVA BASICA ESTATAL

El artículo 149.1.23^a de la Constitución Española atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas de desarrollo y adicionales de protección. En uso de la potestad delegada por la Ley 47/1985⁶ para la aplicación del Derecho comunitario, se dictó el **Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación del Impacto Ambiental**, modificado⁷ por la Ley 6/2001 de 8 de mayo⁸; Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁹ y más recientemente por la Ley 9/2006, de 28 de abril¹⁰.

El Real Decreto Legislativo ha sido desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprueba el Reglamento para su ejecución. Esta es la legislación básica estatal en la materia.

El Estado español ha ratificado el Convenio Internacional sobre Evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo¹¹, consciente, como el resto de los firmantes, de *la incidencia recíproca de las actividades económicas y de sus consecuencias en el medio ambiente*.

Junto a estas normas reguladoras, con carácter general, de las evaluaciones de impacto ambiental, existen numerosas referencias a este instrumento en las legislaciones sectoriales, tanto en las estatales como en las autonómicas.

II.C NORMATIVA AUTONÓMICA: *AMBITO DE APLICACIÓN*

Conforme a la distribución constitucional de competencias en materia de medio ambiente, el **Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha** atribuye en su artículo 32.7, a la Junta de Comunidades, la competencia de *desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas, y normas adicionales de protección*, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca. Nos encontramos, por tanto, ante una materia donde rige la regla de las competencias compartidas¹².

En el ejercicio de sus competencias, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha dictado su propia legislación en esta materia, constituida por la **Ley 5/1999 de 8 de abril, de Evaluación del Impacto Ambiental**¹³ (en adelante LEIA) y por el **Decreto 178/2002 de 17 de diciembre**¹⁴, por el que se aprueba el Reglamento General de Desarrollo (REIA en lo sucesivo).

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha optado por el *criterio de la territorialidad*¹⁵ al establecer que la normativa autonómica es de aplicación a los *proyectos, planes y programas de actividades que pretendan realizarse en Castilla-La Mancha, ya corresponda su autorización o aprobación a la Administración Estatal, Autonómica o Local* (art. 2 LEIA), con las siguientes excepciones:

Primera.- Planes y proyectos cuya autorización o aprobación compete a la Administración General del Estado y cuya EvIA resulte obligatoria por aplicación de la legislación básica estatal, siempre que ésta fije, además, el procedimiento aplicable.

Segunda.- Proyectos destinados a la defensa nacional y Proyectos aprobados o autorizados mediante una Ley.

Las anteriores excepciones que recoge nuestra normativa autonómica son excepciones ya previstas en la Directiva comunitaria y en la normativa básica estatal¹⁶.

Tercera.- Junto a las anteriores exclusiones de carácter genérico, se regula un mecanismo de exclusión de *carácter singular*, mediante el cual el Consejo de Gobierno puede excluir, excepcional y motivadamente, a un proyecto concreto del trámite de evaluación del impacto ambiental¹⁷. El Acuerdo ha de ser publicado y contener las previsiones que considere necesarias para la prevención, corrección o compensación de su impacto ambiental. En este caso, siempre que se trate de proyectos de evaluación obligatoria por aplicación de la normativa comunitaria, se notificará el Acuerdo a la Comisión Europea a través del órgano competente de la Administración General del Estado (Disposición Adicional Primera. c.2 LEIA).

III. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La evaluación ambiental estratégica (EAE en lo sucesivo) puede definirse como el proceso formalizado, sistemático y global de evaluación de los efectos medioambientales de una política, plan o programa y sus alternativas, que tiene por fin incorporar e integrar las consideraciones medioambientales al proceso de toma de decisiones, incluido el formativo, previo a la adopción de un proyecto específico y determinado¹⁸.

La NEPA norteamericana se refería a la evaluación de impactos en todos los niveles del proceso de toma de decisiones: políticas, planes, programas y proyectos, si bien fue la Evaluación de impacto ambiental de proyectos la que tuvo una mayor difusión tanto en Estados Unidos como en el resto.

La EAE surge como respuesta a la limitación de la Evaluación de Impacto Ambiental para integrar adecuadamente la variable ambiental en los proyectos ejecutados, de forma que el análisis y el procedimiento de realización sigue caminos parecidos¹⁹. Decisiones ya tomadas en planes o políticas pueden constreñir la capacidad de evitar repercusiones nega-

tivas sobre el medio ambiente en la etapa de proyectos, por lo que se admite en general la conveniencia de llevar a cabo un trabajo similar de evaluación en aquellas etapas. Se trata de lo que se conoce generalmente con el nombre de *evaluación estratégica medioambiental*²⁰. La EAE permite atender a los impactos más estratégicos que la EIA de proyectos no llega: Insuficiente consideración de los impactos indirectos, acumulados y la interacción entre impactos. La suma de decisiones menores puede causar un efecto mucho mayor que la suma causada por las decisiones individuales. Inadecuada delimitación del ámbito espacial y los plazos temporales. Limitada consideración de alternativas, referidas básicamente a las de localización. Falta de consideración de los impactos globales, es decir, aquellos que contribuyen a agravar alguno de los problemas de ámbito planetario, y cuyo enfoque requiere la colaboración de todos los países: efecto invernadero, destrucción capa de ozono, etc.

Lo ideal en materia de evaluación, es que la misma se realice en las fases más tempranas de la toma de decisiones, a nivel de decisión política, o en su caso en los niveles siguientes de plan y programa²¹. Las EAE, pretenden aplicar el análisis integrado que suponen las EvIA, hacia arriba, al primer nivel de desarrollo y concreción. De esta forma el Plan puede contemplar los proyectos ambientalmente compatibles. La evaluación estratégica también permite facilitar las posteriores evaluaciones de proyectos, que podrán en muchos aspectos simplemente remitirse a aquella. La EvIA de cada proyecto individual vendría enfocada y facilitada por la EAE de las decisiones estratégicas que los gestaron.

Por su distinto alcance y contenido, la EAE no excluye la EvIA, sino que, cuando exista, la enmarca y condiciona. Como recuerda la Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2006:

La evaluación ambiental realizada conforme a esta Ley no excluirá la aplicación de la legislación sobre evaluación del impacto ambiental de proyectos. La evaluación ambiental que se haya hecho a un plan o programa se tendrá en cuenta en la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que lo desarrollen.

La EAE estaba prevista en la Directiva comunitaria 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2.001, relativa

a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Ampliamente cumplido el plazo previsto²² se ha transpuesto mediante la Ley 9/2006 de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. No obstante, las Comunidades Autónomas, se adelantaron al establecer las evaluaciones ecológicas de carácter estratégico en sus ordenamientos autonómicos, siguiendo la norma comunitaria. Este es el caso de Castilla-La Mancha, que en la citada Ley 5/1999 de 8 de abril, de Evaluación del Impacto Ambiental y su Reglamento, partiendo de unas Disposiciones generales aplicables a ambas (en particular su *objeto*), la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos (Título I de la LEIA y Título II del REIA) y la Evaluación Ambiental Estratégica, es decir, de Planes y Programas (Título II de la LEIA y Título III REIA).

IV. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS

IV.1 OBJETO Y CARACTERES

El **objeto** de la *evaluación del impacto ambiental*, tanto de los planes y programas, como de los proyectos y actividades, es

prevenir, evitar o minorar sus efectos negativos sobre el medio ambiente, y permitir al órgano administrativo que los tenga que autorizar el conocimiento de sus repercusiones ambientales (art. 1 LEIA).

El Tribunal Constitucional configura la evaluación de impacto ambiental como “ una técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva – con relación a proyectos de obras y actividades – de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa “²³.

A) CARÁCTER INSTRUMENTAL

La Evaluación de impacto ambiental es una técnica singular que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, que se suma a los otros hasta ahora habitualmente manejados (técnicos y económicos básicamente).

camente), que supone y garantiza una visión más completa e integrada de las actuaciones sobre el medio en que vivimos y, en definitiva, una mayor reflexión en los procesos de planificación y de toma de decisiones; se trata de tener en cuenta *a priori* las incidencias que puedan derivarse de los procesos técnicos de planificación y decisión, de tal manera que no se ejecute ninguna actividad que conlleve incidencias notables, sin que previamente se haya realizado un estudio evaluatorio de las mismas²⁴. En definitiva, la Evaluación de impacto ambiental integra la componente medioambiental en la toma de decisiones.

B) CARÁCTER PREVENTIVO

En los documentos nacionales e internacionales se viene recojiendo la preferencia, en materia de protección del medio ambiente, de una política preventiva sobre la curativa. Se ha pasado, de una actuación de carácter represivo, reactivo y correctivo, propia de la década de los años 50 y 60, a una actuación de carácter preventivo, plasmada por vez primera en la NEPA norteamericana.

La EvIA es un instrumento o técnica jurídica de carácter preventivo, que permite evaluar y analizar las posibles repercusiones para el medio ambiente que va a tener una actividad. Se aplica, por tanto, a proyectos previstos, no a proyectos ya realizados.

Según ORTEGA ALVAREZ, dentro de los principios funcionales básicos de la ordenación ambiental, es decir, aquellos que orientan acerca de cuáles deben ser los instrumentos más idóneos para lograr el fin de la protección ambiental, destaca principalmente el principio de prevención, recogido desde el Primer Programa de Acción como uno de los principios de actuación²⁵ de la Comunidad Europea y actualmente recogido en su Tratado²⁶.

El principio de previsión o principio de prevención trata de evitar el daño al medio ambiente antes de que efectivamente se produzca, con lo cual se consigue, en primer lugar, un menor coste que el que generaría la restitución una vez producida la merma medioambiental; y en segundo lugar, evitamos pueda darse la circunstancia de que la restitución

ción no sea posible, por tratarse de un daño irreversible o por tener un coste desorbitado.

C) CARÁCTER GLOBAL

Los componentes ambientales a tener en cuenta en la evaluación de impacto ambiental parten de una visión integradora y global que toma como referencia el elemento humano (los autores se refieren a una visión *antropocéntrica*) y valora todos aquellos componentes que pueden tener incidencia sobre el mismo. La acepción de ambiente que se utiliza se caracteriza por el principio de universalidad en cuanto a la tipología de sus componentes, según el cual nada es absolutamente extraño al concepto de medio ambiente, englobando elementos materiales que caen fuera del concepto constitucional de defensa ambiental¹²⁷.

La definición del medio ambiente es amplia. No se trata tan sólo del entorno físico, de las plantas o de los animales, sino que se incorpora el entorno humano con todo lo que esto significa: su organización social, económica, territorial y cultural. En consecuencia, la relación de los factores ambientales que deben ser considerados en las Evaluaciones de impacto ambiental, son igualmente amplias. Significativo es el artículo 2.1 del REIA cuando relaciona el contenido de una Evaluación de impacto ambiental:

“ basada en la estimación de los efectos de las acciones o actividades sobre la población humana, la fauna, la flora, la vegetación, la gea, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada. Asimismo, debe comprender la estimación de la incidencia que el plan, programa o proyecto, tiene sobre los elementos que componen el Patrimonio Histórico-Español, sobre las relaciones sociales y las condiciones de sosiego público, tales como ruidos, vibraciones, olores y emisiones luminosas, y la de cualquier otra incidencia ambiental derivada de su ejecución ”¹²⁸

Se pretende evaluar los impactos del proyecto en su conjunto, para poder hacernos una idea de la severidad del proyecto respecto al

medio ambiente, que nos permite comparar entre las diversas alternativas del proyecto e incluso con otros posibles proyectos.

Con la Evaluación de impacto ambiental no se trata de regular un sector concreto del medio ambiente (contaminación acuática, atmosférica, acústica, ...), sino que se refiere a los diversos aspectos dentro del mismo.

D) CARÁCTER PARTICIPATIVO

La integración de la participación ciudadana en la toma de decisiones se reconoce hoy como un elemento fundamental de cualquier política; se trata de dar satisfacción a las necesidades reales de los ciudadanos considerando sus inquietudes e integrando su opinión en las decisiones sobre políticas públicas ²⁹.

Elementos de corresponsabilización ciudadana, de participación, se erigen como puntales básicos de la política medioambiental conscientes de la insuficiencia y dificultad de asegurar el cumplimiento de sus objetivos de conservación del medio ambiente para las generaciones futuras a través de los métodos tradicionales de intervención administrativa. Los poderes públicos llaman a la colaboración, y apelan a la conciencia ecológica de los ciudadanos para impulsar las políticas medioambientales. Esta llamada y apelación se articula jurídicamente a través de varios mecanismos, instrumentos o técnicas jurídicas que el ordenamiento pone a disposición de las distintas Administraciones Públicas y de los particulares en aras de una eficaz preservación del medio ambiente³⁰.

En el procedimiento de Evaluación de impacto ambiental se articula la participación ciudadana a través de las fases de información pública, audiencia a los interesados y publicidad de las decisiones administrativas, a la que podríamos añadir una técnica propia de la evaluación ambiental como son las consultas previas³¹ a la elaboración del estudio.

La efectividad de la participación exige, sin embargo, la garantía previa de un derecho a la información ambiental. En este sentido la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio (transpuesta a nuestro Derecho inter-

no por la Ley 38/1995 de 12 de diciembre) sobre la libertad de acceso a la información pública en materia de medio ambiente tuvo un claro objetivo: garantizar el acceso al público a la información sobre medio ambiente que se encuentre en poder de las autoridades públicas y de particulares y establecer los términos básicos y las condiciones en que dicha información debe encontrarse a disposición de los posibles peticionarios, sin exigir de ellos la prueba de un interés determinado ni una especial legitimación para ejercer este derecho.

La participación pública debería dar como resultado que las aficiones, preferencias y aspiraciones de la población sean recogidas en el proceso de elaboración del estudio de impacto ambiental; y ello se justifica en la medida en que el impacto ambiental de un proyecto ha de ser interpretado en clave de calidad de vida y que los criterios de valoración deben representar la escala de valores sociales.

IV.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL

Como advierte ROSA MORENO, la evaluación de impacto ambiental puede considerarse en su aspecto material, o bien en su vertiente formal³².

Desde un *punto de vista material* la evaluación de impacto ambiental haría referencia a la potestad administrativa, de *naturaleza discrecional*³³, en virtud de la cual se identifican y estiman los efectos que la ejecución de una determinada acción causa sobre el medio ambiente. En definitiva esta vertiente material traería causa de la configuración constitucional del medio ambiente como una función pública, que por tanto instituye a los poderes públicos como garantes de la protección del mismo y les somete a la obligación jurídica de tomar en consideración la variable ambiental en la adopción de decisiones. Paralelamente a esta configuración jurídica del medio ambiente, el ordenamiento jurídico dota a los poderes públicos de una potestad de evaluación, que se concibe como una actividad administrativa encaminada a identificar y estimar los efectos que la ejecución de una determinada acción causa sobre el medio ambiente y a adoptar medidas para su protección.

Por su parte, desde un *punto de vista formal* se trataría de un procedimiento administrativo, o cauce procedimental a través del cual se ejercita la potestad de evaluación.

IV.3 EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

a. Procedimiento ambiental específico

Entre los varios modelos posibles³⁴ que existen para transponer la Directiva 85/337/CEE la normativa estatal ha elegido establecer que la EvIA se formule en dos momentos sucesivos: en un primer momento, un órgano ambiental distinto del órgano competente para aprobar o autorizar el proyecto debe emitir una **Declaración de impacto ambiental** (DIA en lo sucesivo); en un segundo momento, el órgano con competencia sustantiva sobre el proyecto decide si conviene realizar la obra, instalación o actividad y, en caso afirmativo, fija las condiciones en que aquella debe realizarse para salvaguardar el medio ambiente y los recursos naturales³⁵.

GOMEZ OREA³⁶ define la Evaluación de impacto ambiental como un **procedimiento administrativo**³⁷ que, apoyado en un **Estudio de Impacto Ambiental** (documento técnico que debe presentar el promotor o titular del proyecto – EsIA -), sobre las incidencias ambientales del proyecto, y en un proceso de **participación pública** sobre tales incidencias, concluye con la **Declaración de Impacto Ambiental** o pronunciamiento del **Órgano Ambiental**, en términos de aprobación, modificación o rechazo del proyecto, distinto del **Organo sustantivo**, responsable del proyecto bajo evaluación.

A la vista de la anterior definición podemos señalar en primer lugar que es un **procedimiento administrativo específico**, es decir, un conjunto de trámites (iniciación, consultas, información al titular del proyecto del proyecto, información pública, informes) conducentes a identificar, predecir, interpretar, prevenir y comunicar, por vía preventiva, el efecto de un proyecto sobre el medio ambiente.

b. Procedimiento dependiente

El procedimiento evaluatorio carece de autonomía e independencia. Sólo es posible, cuando el proyecto sobre el que versa, está sometido a otra

autorización conforme a la legislación sectorial aplicable (ejemplo, minas). El procedimiento ambiental se integra en el principal o sustantivo. Como señala la STC 13/1998, de 22 de enero «Tal procedimiento evaluatorio se establece con carácter preceptivo cuando concurren los dos siguientes requisitos: a) que se trate de obra o actividades, tanto públicas como privadas comprendidas en el Anexo del Real Decreto Legislativo 1302/86 y b) que la ejecución de la obra, instalación o actividad catalogada requiera la intervención administrativa previa, mediante autorización o aprobación del correspondiente proyecto a cargo del ente público que sea competente, a tenor de la legislación sectorial aplicable».

c. Órgano ambiental y órgano sustantivo

Para un proyecto, se considera **órgano ambiental** el que ejerce las competencias relacionadas con el medio ambiente en la Administración Pública a que pertenezca el correspondiente órgano sustantivo; y **órgano sustantivo**, el que ostenta la competencia para resolver el otorgamiento de la autorización, licencia o concesión que habilite al promotor o titular para la realización del proyecto de acuerdo con la legislación sectorial que le sea aplicable (art. 3 LEIA).

El RD 1131/88 considera órgano administrativo de medio ambiente el que ejerza estas funciones en la Administración Pública donde resida la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto (art. 4.1). En el ámbito estatal, tenemos que acudir a sus normas de estructura y organización³⁸.

d. Requisito de validez: nulidad de pleno derecho.

Dado los objetivos previstos por la Evaluación de impacto ambiental, siempre habrá de realizarse con carácter previo a la autorización principal. La inexistencia del previo expediente de Evaluación de impacto ambiental cuando el mismo resulta preceptivo, equivale a omitir un trámite fundamental e indispensable, que supone prescindir de forma absoluta del procedimiento legalmente establecido, que acarrea conforme al artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, la *nulidad de pleno derecho*. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en

Sentencias como las de 10 julio 2003 o 9 marzo 2004, donde entiende que

el defecto de una declaración de impacto ambiental por el órgano administrativo competente, al haberse limitado el acto aprobatorio de la modificación de la concesión, no obstante definir las características concretas de una gran presa, a contar con un simple estudio de la incidencia ambiental de las obras proyectadas, ha carecido de los elementos de juicio necesarios para decidir si procede aprobar dicha modificación de la concesión de uso privativo de las aguas cuando éste puede implicar riesgos para el medio físico en que se ha de implantar el aprovechamiento, por lo que, conforme a lo establecido en el citado artículos 63.2 de la LRJPAC debe ser anulado para que se subsane esa grave deficiencia mediante la tramitación del procedimiento reglado de evaluación de impacto ambiental, previsto en nuestro vigente ordenamiento jurídico a tal fin.

Es más, continua el Alto tribunal,
al haberse prescindido, ...,del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, se puede considerar que estamos ante un supuesto sancionado con la nulidad de pleno derecho por el artículo 62.1 e) LRJPAC.

Alguna normativa económica recoge este efecto de manera expresa, como el artículo 18.1 de la Ley 11/1990 de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico en la Comunidad Autónoma de Canarias³⁹.

V. ACTIVIDADES SOMETIDAS A EVALUACIÓN: RESERVA DE LEY⁴⁰

La normativa estatal, RDL 1302/86, señala unos proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o actividades que necesariamente se han de someter a EvIA, que relaciona en su Anexo I; y otros que sólo deberán someterse a una EvIA, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, que incluye en su Anexo II. La decisión ha de ser motivada y pública y ajustarse a los criterios que la norma fija en su Anexo III.

Como señalan CONSUELO ALONSO Y MORENO MOLINA⁴¹ las Comunidades Autónomas, en virtud de la facultad que les corresponde de dictar normas adicionales de protección ambiental, pueden ampliar esta lista y someter a Evaluación de Impacto Ambiental otras actividades, incluso las de titularidad estatal⁴².

El Parlamento, en la Ley 47/85⁴³ ha entendido que la regulación de la evaluación de impacto ambiental debe estar contenida en una norma con rango de Ley en la que se contemple tanto el procedimiento de evaluación como las obras, proyectos y actividades que preceptivamente lo requieran. Ello tiene como efecto la congelación del rango normativo de la materia tanto en lo que concierne a las cuestiones procedimentales como a las obras, proyectos y actividades recogidas en la Leyes estatales y autonómicas, elenco que no puede ser modificado por un texto de rango inferior al legal⁴⁴. Las normas reglamentarias podrán plasmar la exigencia de estudio y declaración de impacto ambiental en cuanto lo prevean las normas con rango legal a ella referida. El papel reglamentario se reduce a precisar los conceptos legales no del todo delimitados. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de febrero de 2.003:

*“ En este punto conviene traer a colación la S del TS de fecha 24-10-96 en la que se hace expresa referencia a que el exigir determinados supuestos como requisito de proyectos determinados la DIA **ha de venir plasmada en normas con rango de Ley**, quedando ello al margen de la potestad reglamentaria de la administración; esto es, las normas reglamentarias podrán plasmar la exigencia de estudio y declaración de impacto ambiental, en cuanto lo prevean las normas con rango legal a ella referida, esto es, siempre que no vayan más allá de lo dispuesto en el RDL 1302/86 y normas con rango legal posteriores “.*

También se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 octubre 1996 el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura:

La Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia de desarrollo en materia de medio Ambiente puede dictar normas

ampliando los supuestos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental, pero la norma deberá tener rango de Ley por existir reserva de Ley constitucionalmente prevista, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 1996, referida por el Juzgador de instancia, en relación con el artículo 9, 3 de la Constitución, que exige que sea una Ley la que regule originariamente las materias que afecten a la libertad y propiedad de los ciudadanos.

La potestad reglamentaria, según esta sentencia no alcanza ni a las limitaciones del derecho de propiedad, ni al establecimiento de cargas y obligaciones para los administrados,... (Sentencia 15 diciembre 2005)

La exigencia de reserva legal la cumple tanto la legislación general sobre evaluaciones medioambientales, como las legislaciones sectoriales (Ley de Carreteras, de Aguas, etc.).

VI. ORGANO MEDIOAMBIENTAL AUTONÓMICO

Cuando no corresponda la autorización sustantiva a la Administración General del Estado, será órgano ambiental el que determine cada Comunidad Autónoma en su respectivo ámbito territorial (art. 5 RDL 1302/86). Por tanto, se atribuye la competencia para la Evaluación de impacto ambiental a la Administración (estatal o autonómica) que la tenga para tramitar la autorización sustantiva del proyecto, si bien impone que cuando corresponda autorizar a la Administración General del Estado, deberá consultar preceptivamente al órgano ambiental de la Comunidad autónoma en la que se ubique territorialmente el proyecto (art. 5.3 RDL 1302/86). Tal y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 13/98, este dictamen debe ser ponderado expresamente por la autoridad estatal, que ha, además, de asumir sus conclusiones o exponer las razones de discrepancia por las que no pueden ser aceptados (FJ 11)⁴⁵.

El órgano ambiental y sustantivo deben de ser independientes (art. 4.1 RDL 1302/86); ambos órganos han de pertenecer a la misma Administración pública – estatal o autonómica -; y, como hemos visto, la

determinación de la Administración pública competente vendrá dada por la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto. Criterio que ha sido declarado expresamente constitucional, al entender el Tribunal Constitucional que la EvIA no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente, en cuyo caso sí sería competencia autonómica según la distribución constitucional de competencias⁴⁶.

Es conforme con el orden constitucional de competencias que la EvIA se confíe a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad. La Administración está ejerciendo sus competencias sectoriales propias cuando asegura que el organismo o la empresa que promueve la obra u otra actividad proyectada realiza el estudio de impacto ambiental; cuando somete el proyecto y el estudio de impacto a información pública; cuando realiza consultas con otras autoridades, y les pide informes; y cuando finalmente, a la vista del resultado del estudio, de las alegaciones de los particulares y de los puntos de vista de los restantes Departamentos y Administraciones públicas, formula la DIA, la cual viene a formar parte de la autorización final del proyecto. La Administración estatal ejerce sus propias competencias sustantivas sobre la obra, instalación o la actividad proyectada, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto ambiental. No está ejecutando la legislación básica del medio ambiente⁴⁷

En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el **órgano ambiental** es la **Dirección General de Evaluación Ambiental**, órgano perteneciente a la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, a quien corresponde entre otras funciones:

La evaluación ambiental de proyectos, planes y programas así como la autorización ambiental integrada. (Decreto 147/2005, de 11 de octubre, que establece la estructura orgánica y las competencias de los distintos órganos de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, art. 6.c)

VII. LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL DE PROYECTOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Por *Proyecto*⁴⁸ entiende la LEIA una obra, construcción o instalación concreta, así como una actividad determinada que suponga intervención sobre el medio natural o en el paisaje, incluidas las de explotación de los recursos del suelo (art. 3).

a) **Ámbito de aplicación y tipos de evaluación**

Los proyectos sometidos a Evaluación del Impacto Ambiental (EvIA) son los contenidos en los Anexos del REIA⁴⁹ , según la potencialidad de su incidencia sobre el medio ambiente y la salud de las personas:

- Los del **Anexo 1**, sometidos al ***procedimiento ordinario***.
- Los del **Anexo 2**, han de tramitarse por el ***procedimiento simplificado***, y
- Los del **Anexo 3**, bien serán sometidos a evaluación del impacto ambiental por el procedimiento simplificado, o bien quedarán exentos de dicho procedimiento, según la decisión que, para cada caso, adopte el órgano ambiental de acuerdo a los criterios del Anexo 4. Los criterios para adoptar la decisión de evaluar o no los proyectos son:
 1. *Características de los proyectos*: tamaño, acumulación con otros proyectos, utilización de recursos naturales, generación de residuos, contaminación o riesgo de accidentes.
 2. *Ubicación* de los proyectos: uso existente del suelo, relativa abundancia, calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales del área, la capacidad de carga del medio natural
 3. *Características del potencial impacto*: extensión del impacto (área geográfica y tamaño de la población afectada), el carácter transfronterizo del impacto, así como la magnitud, complejidad, probabilidad, duración, frecuencia y reversibilidad del impacto.

Para evitar fraudes, tanto la normativa estatal como la autonómica señalan que el fraccionamiento de proyectos de igual naturaleza y realizados en el mismo espacio físico no impedirá la aplicación de los umbrales establecidos en los anexos, a cuyos efectos se acumularán las mag-

nitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados. Igual acumulación procederá cuando se trate de sucesivas ampliaciones del proyecto o actividad⁵⁰.

b) Principios del procedimiento autonómico

Principio de Colaboración: el órgano ambiental y el promotor del proyecto han de colaborar a lo largo del procedimiento, prestándose información y asesoramiento, pudiendo, a éstos efectos, interrumpir los plazos previstos.

Principio de Coordinación interadministrativa: para aquellos proyectos que incluyen actuaciones sujetas a Evaluación de impacto ambiental por el Estado y por la Comunidad Autónoma (art. 18 REIA) o para aquellos supuestos en que existen repercusiones medioambientales que rebasan el ámbito regional (art. 19 REIA).

Principio de Confidencialidad: sobre la propiedad industrial y secreto industrial y comercial para aquellos datos e informaciones que tengan ya reconocido expresamente dicho carácter de acuerdo con la legislación sobre propiedad y secreto industrial, lo que debe ser indicado expresamente por parte del promotor.

Principio de Responsabilidad, del redactor del estudio de impacto ambiental, con carácter solidario, de su contenido y de la fiabilidad de la información, excepto en lo que se refiere a los parámetros del proyecto o a los datos recibidos de la Administración de manera fehaciente.

El promotor es responsable del proyecto que realiza y asume, en primer término, las responsabilidades que del eventual falseamiento, ocultación o manipulación maliciosa de los datos expresados en el estudio puedan deducirse. Pero existe un ámbito de responsabilidad propio del técnico redactor, que evita que el estudio se convierta en una defensa ambiental del proyecto.

Principio de acumulación de autorizaciones de índole ambiental: Cuando sea factible, simultáneamente a la comunicación de

la declaración de impacto ambiental al órgano sustantivo, el órgano ambiental *puede* otorgar al promotor las autorizaciones ambientales que fueran de su competencia y de aplicación a la actividad en cuestión, si el promotor ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigibles para su otorgamiento (art.16 REIA).

c) Inicio del Procedimiento

El promotor deberá presentar al órgano ambiental una *solicitud*, señalando la persona responsable para el seguimiento del procedimiento, el tipo de proyecto o actividad, su localización y la cualificación de aquellos aspectos que puedan resultar determinantes para la aplicación de alguno de los regímenes de evaluación previstos.

El órgano ambiental, tras la comprobación de la documentación - y la subsanación en su caso - notificará al peticionario en uno de los siguientes sentidos:

- Su proyecto *precisa ser sometido a evaluación* del impacto ambiental, haciendo mención de si el procedimiento aplicable será el ordinario o el simplificado.
- Su proyecto podría precisar una evaluación del impacto ambiental tras un *examen más detenido* del mismo, a la luz de los criterios establecidos en el Anexo 4. En tal caso, el órgano ambiental solicitará al promotor información adicional.
- Su proyecto *no precisa ser sometido a evaluación* del impacto ambiental, indicándole qué licencias o autorizaciones de carácter ambiental habrá de solicitar, y ante qué órganos administrativos habrá de formular la solicitud.

d) Consultas⁵¹ y notificaciones

Paralela y simultáneamente a la notificación al peticionario de que su proyecto ha de ser sometido a Evaluación de Impacto Ambiental, por el procedimiento ordinario o simplificado, el órgano ambiental:

- Notificará la solicitud al *Ayuntamiento*, en cuyo término municipal radique el proyecto, a fin de que pueda informar sobre su contenido.

- Enviará la solicitud a otras *administraciones e instituciones implicadas* cuya participación bien venga impuesta por el ordenamiento, bien sea considerada de utilidad por el órgano ambiental, para que informen sobre los aspectos que les sean consultados o les correspondan en función de sus competencias.
- Informará a aquellos *particulares* que considere necesario sobre la presentación de la solicitud, a fin de que puedan efectuar alegaciones.

El resultado de las consultas se remitirá al promotor para que sean tenidas en cuenta, si procede, en la elaboración del estudio de impacto ambiental.

e) Solicitud al órgano sustantivo

Una vez se haya determinado por el órgano ambiental la necesidad o no de proceder a una evaluación del impacto ambiental del proyecto, su promotor podrá presentar la correspondiente solicitud de autorización al órgano sustantivo o competente por razón de la materia, acompañada de la notificación recibida del órgano ambiental.

f) El Estudio de Impacto Ambiental (EstIA)

Concepto. La normativa evaluatoria distingue entre *Evaluación de Impacto Ambiental*, expresión que se aplica al conjunto de trámites que componen el proceso administrativo ambiental, del *Estudio de Impacto Ambiental* o documento técnico que presenta el titular del proyecto y que sirve de base a la *Declaración de Impacto Ambiental* o pronunciamiento de la autoridad ambiental que culmina el procedimiento ambiental (que no el procedimiento principal y sustantivo).

El EstIA es un documento técnico que debe presentar el titular del proyecto, que ha de identificar, describir y valorar, los efectos notables que la realización del proyecto puede producir sobre los distintos aspectos ambientales, y propone las medidas correctoras. El EstIA es la parte técnica, no decisoria, de la evaluación.

Redactor del estudio. El EstIA es el que hace un experto, pero no se especifica el grado ni en Europa, ni en la normativa básica estatal, ni en la legislación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En el resto de Comunidades Autónomas las soluciones han sido diversas⁵².

Si recordamos el contenido de la Evaluación de impacto ambiental (arts. 6 RD 1131/88 o art. 2 del REIA) parece imprescindible que en la EvIA se necesita de un análisis interdisciplinario, integrado, en el que participen especialistas de diferentes áreas de conocimiento.

Existe unanimidad sobre la necesidad de que los EstIA se elaboren por personas con conocimientos en materias que forman parte de distintas ciencias⁵³. Son muchas las disciplinas que participan en el análisis de una EvIA, como la economía, la demografía, la psicología social, el derecho, la ciencia política, las ciencias de la salud, la arquitectura y el urbanismo, la geografía, la arqueología, la antropología, la historia o incluso determinada ingeniería. En la práctica, sin embargo, prima en su contenido los impactos sobre el entorno natural, resintiéndose el entorno humano, y la evaluación pierde su “ *carácter antropocéntrico* ”.

La autores proponen diversas soluciones, que van desde la elaboración de los EstIA por “*ambientólogos*”⁵⁴, con formación pluridisciplinaria y por tanto capacitados para realizar estudios integrales, hasta la elaboración por equipos interdisciplinarios amplios; o la subcontratación de determinadas partes del estudio a diversos profesionales; en especial, los que ahora faltan y deberían estar para que el EstIA tuviera carácter integral: psicólogos sociales, sociólogos y otros profesionales de las ciencias sociales⁵⁵.

Contenido. Una vez recibidas del órgano ambiental las consultas sobre su solicitud y presentada por parte del promotor la solicitud ante el órgano sustantivo, podrá presentarse el estudio de impacto ambiental, con un contenido predeterminado por la Ley, y que tendrá *dos partes* diferenciadas:

1. Estudio de las alternativas del proyecto, viables y adecuadas al mismo, en un conjunto suficientemente amplio como para permitir

determinar razonablemente la opción de menor impacto ambiental que se deducirá de la evaluación efectuada para cada una de ellas. El EstIA debe describir no sólo el proyecto principal sino diferentes alternativas a considerar, con el fin de escoger la mejor alternativa desde el punto de vista ambiental – físico y social -.

2. Contenido mínimo de la alternativa escogida⁵⁶:

a. Localización y descripción de las características básicas del proyecto y sus acciones. Incluye la descripción de sus características físicas y de las necesidades en materia de utilización del suelo durante las fases de construcción y funcionamiento, así como la descripción de las principales características de los procesos de fabricación, con indicación de la naturaleza y cantidad de materiales a utilizar y su repercusión sobre la utilización de recursos naturales.

b. Descripción de los efectos que provoca la implantación del proyecto, mediante la estimación de los tipos, cantidades y composición de residuos, vertidos y emisiones de materia o energía resultantes, incluida la contaminación del agua, aire y suelo, ruidos, vibraciones, calor, olores, radiaciones y emisiones luminosas, tanto en la fase de construcción como en las de funcionamiento y de finalización de la actividad. Es decir, los efectos que provoca la implantación del proyecto.

c. Inventario ambiental, con una descripción de los elementos del medio ambiente que puedan verse afectados de forma apreciable por el proyecto, y en particular la población, la fauna y flora y sus respectivos hábitat, la geomorfología, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje, la estructura y función de los ecosistemas naturales, las áreas y recursos naturales protegidas y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico-artístico, arqueológico y/o paleontológico, así como, en su caso, sus respectivas interacciones. Se habla de *principio de universalidad*, para hacer referencia a la tipología de componentes a analizar.

Describe el entorno donde debe ubicarse el proyecto, antes de que se construya. Es el *punto cero*, también denominado *estado preoperacional*.

d. La normativa ambiental que deba ser tenida en cuenta.

e. Estudio analítico, mediante la *identificación, descripción y valoración* de los efectos significativos del proyecto, directos o indirectos, sobre los elementos del medio ambiente, ya sean debidos a la existencia del proyecto, a la utilización de los recursos naturales o a la emisión de contaminantes, generación de sustancias nocivas o el tratamiento de los residuos.

Debe expresar los métodos previstos por el promotor para evaluar dichos efectos. Esta descripción incluirá el carácter directo o indirecto, acumulativo o sinérgico, permanente o temporal, positivo o negativo, de los diferentes impactos, así como su alcance a corto, medio o largo plazo⁵⁷. La universalidad, como vemos, también se predica de la tipología de impactos, si bien sólo serán objeto de atención pormenorizada los de cierta entidad, los de *efectos significativos*, excluyéndose los de escasa repercusión.

Se trata de identificar los impactos *notables* previsibles (ej. agua), caracterizarlos (impacto negativo, temporal y severo), para posteriormente valorarlo (cuantitativamente a ser posible o cualitativamente) y finalmente evaluarlo, emitiendo un juicio sobre lo valorado.

f. Justificación de la solución adoptada teniendo en cuenta su impacto ambiental.

g. Medidas previstas para prevenir, reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos, incluida su valoración económica.

Configuran la auto-propuesta del promotor del proyecto para la adecuación del mismo al medio en el que se ubica. Las medidas pueden ir dirigidas al medio o al proyecto; a su vez, pueden ser aplicadas tanto en la fase de ejecución como en la de funcionamiento, como en la fase de abandono, en su caso de la instalación⁵⁸.

h. Programa de vigilancia ambiental, que deberá garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias contenidas en el estudio, incluida su valoración económica.

Se trata de planificar el control de las citadas medidas, y debe de servir para, a la vista de los resultados, adoptar las modificaciones oportunas.

i. Documento de síntesis. Es el resumen del estudio y sus conclusiones en términos fácilmente comprensibles. Este apartado de resumen o síntesis pretende que el público en general pueda tener una buena y rápida comprensión del EstIA en su conjunto, sin necesidad de dominar el lenguaje técnico. Tiene que estar escrito en lenguaje inteligible para la mayoría de los ciudadanos de manera que favorezca la participación pública.

Para el cumplimiento de sus fines se aconseja que tenga una extensión moderada que facilite su manejo. En el ámbito estatal se limita a veinticinco páginas su extensión, además de exigirse que esté redactado en “ *términos asequibles a la comprensión general* “ (art. 12 RD 1131/88).

j. Resumen, en su caso, de las dificultades derivadas de la carencia de información o conocimientos técnicos encontradas por el promotor para su elaboración.

Las carencias y deficiencias sobre el contenido señalado pueden ser subsanadas a lo largo de la tramitación del procedimiento, salvo que se trate de omisiones de tal entidad y generalidad que nos impidan identificar como tal el documento técnico al que nos referimos. Así manifiesta el Tribunal Supremo que:

Sólo ante la ausencia del mencionado estudio, o ante una formulación de éste en términos tan vacíos e indeterminados que no pudieran ni siquiera ser suplidos a lo largo del procedimiento de evaluación de impacto, sería posible plantear si tales defectos determinarían, en su caso, la nulidad de la declaración final. Por el contrario, la mera omisión de algún dato (o incluso de alguna parte reglamentariamente exigible cuya ausencia pudiera ser suplida por otras) no tendrá dicho carácter invalidante. No es otro el criterio sentado en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de

2000, a tenor de la cual la falta del programa de vigilancia ambiental «constituye un mero defecto de forma del estudio de impacto ambiental, defecto que no puede ocasionar su invalidez, dado que sí contiene “las medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos”, completadas con las que más tarde puso de manifiesto la Agencia del Medio Ambiente, lo que constituye en verdad la esencia del estudio de impacto ambiental, constituyendo el programa un apartado accesorio de lo principal». (S TS 15 de marzo de 2006)

El contenido anterior está referido al procedimiento ordinario. En el caso del **procedimiento simplificado**, y dado que está configurado para Proyectos de un menor impacto medioambiental, se establece un contenido mínimo menos exigente, cuyo modelo a cumplimentar viene recogido en el Anexo 5 del REIA:

- 1. Descripción general del proyecto.*
- 2. Exigencias previsibles en relación con la utilización del suelo y de otros recursos naturales.*
- 3. Descripción aplicada a la fase de construcción, tipos y cantidades de: Vibraciones, Calor, Olores, Emisiones luminosas, Residuos, Vertidos y Emisiones de materia o energía resultantes.*
- 4. Estimación aplicada a la fase de funcionamiento, tipos y cantidades de: Vibraciones, Calor, Olores, Emisiones luminosas, Residuos, Vertidos y Emisiones de materia o energía resultantes.*
- 5. Alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales.*
- 6. Evaluación de los efectos previsibles, directos e indirectos sobre: Población, Fauna, Suelo, Flora, Aire, Agua, Factores bioclimáticos, Paisaje, Los bienes materiales, Patrimonio histórico artístico y el arqueológico, Hábitats, Geología y Geomorfología, Áreas y recursos naturales protegidos.*
- 7. Medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos.*
- 8. Programa de vigilancia ambiental, control y seguimiento.*
- 9. Normativa ambiental que deba ser tenida en cuenta.*

10. Dificultades informativas o técnicas encontradas para complementar estos datos y efectuar estas valoraciones.

Información pública. Se realiza dentro del procedimiento sustantivo si estuviese previsto un trámite de información pública para el proyecto⁵⁹, o bien, si no estuviese previsto, el órgano ambiental procede directamente a someterlo por plazo de treinta días (20 días en el procedimiento simplificado), mediante la inserción, al menos, en los Boletines Oficiales y la fijación de edictos en los Ayuntamientos afectados.

La normativa autonómica – y la estatal – sólo hacen referencia a que sea sometido el estudio de impacto, y por tanto no sería necesario, legalmente, someter ningún otro documento, como el propio proyecto técnico, a su exposición pública.

El trámite de información pública es de carácter esencial y su omisión acarrea la nulidad del procedimiento. Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, de fecha 30 julio 2.000:

“ se ha infringido una norma procedimental de ineludible observancia, al omitirse un trámite esencial previsto para asegurar la participación de los ciudadanos, en materias que tanto les afectan como la conservación y defensa del medio natural, privándoles de la posibilidad de exponer los motivos de fondo o de forma que tuvieran para oponerse al proyecto y proponer, en su caso, una localización alternativa, por lo que es procedente declarar la nulidad del procedimiento y con ella de la Declaración de Impacto Ambiental recurrida, con retroacción de las actuaciones a la fase en que se omitió el trámite señalado “.

g. La Declaración de Impacto Ambiental (DIA)

Concepto y naturaleza jurídica: Acto administrativo de trámite.

Como señala RAZQUIN LIZARRAGA⁶⁰, el ámbito interno existe un debate doctrinal sobre la naturaleza de la DIA, sosteniéndose mayoritariamente que se trata de un dictamen de la autoridad ambiental, por

tanto, como un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma. Tesis que parece confirmar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2006.

La DIA es la resolución del procedimiento de evaluación; el acto definitivo del órgano ambiental competente que lo culmina. Es un *acto administrativo* en el que se plasma un juicio prospectivo, técnico y jurídico, de la Autoridad competente en materia de medio ambiente, que determina, en relación con un proyecto dado, y a los solos efectos ambientales, si su realización es o no conveniente y, en caso afirmativo, las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales⁶¹.

Previamente a la autorización otorgada en el procedimiento principal o sustantivo, se ha de tramitar la EvIA, con el carácter de mero *acto de trámite*, sin que puedan los actos que lo integran ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter autónomo o separados de la resolución administrativa de autorización del proyecto⁶². Es la autorización del proyecto en cuestión (la licencia urbanística, la concesión minera, etc.) la que podrá ser impugnada en su integridad, *incluidos los pronunciamientos que acoja u omita dicha autorización en materia medioambiental*⁶³. La remisión al acto definitivo que pone fin al procedimiento de aprobación del proyecto permite juzgar las cuestiones que plantea la DIA, tanto en sus aspectos procedimentales como de fondo, de tal manera que si se apreciase infracción de normas en relación con la EvIA o la DIA, ese acto final de aprobación del proyecto sería nulo porque los actos previos que le sirven de sustento lo son y transmiten el vicio al proyecto de obra en su conjunto⁶⁴.

El estado de la jurisprudencia en esta materia nos lo resume el Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

Resulta evidente que la DIA constituye un acto de trámite, que, como tal, no es susceptible de impugnación (art. 25.1 de la LJCA)y ello conforme a una jurisprudencia que parte de la STS 17 noviembre 1998, y es reiterada en las de 13 y 25 noviembre 2002, 11 diciembre 2002, 17 junio 2003 y 13 octubre 2003. Ahora bien,

la irrecurribilidad autónoma de la DIA no supone que sus consideraciones no puedan ser objeto de contradicción, máxime cuando la misma goza de carácter vinculante para el acto autorizatorio que sí es susceptible de impugnación ante los Tribunales. En caso opuesto, se privaría al interesado de la oportunidad de desvirtuar los fundamentos del acto administrativo, vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial. Así lo considera la doctrina jurisprudencial citada, que pone de relieve que el recurso contra el «acto definitivo que ponga fin al procedimiento de aprobación del proyecto permitirá juzgar las cuestiones que plantea la Declaración de Impacto Ambiental, tanto en sus aspectos procedimentales como de fondo, de tal manera que si se apreciase infracción de normas en relación con la EIA o la DIA, ese acto final de aprobación del proyecto sería nulo porque los actos previos que le sirven de sustento lo son y transmiten el vicio al proyecto de obra en su conjunto». (Sentencia 22 noviembre 2005).

Lo expuesto conduce a entender que nuestro legislador optó por configurar la declaración de impacto ambiental como un acto administrativo que no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado -ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el contenido de las condiciones de protección medioambiental- por la conclusión o juicio que en ella se haya alcanzado. Su naturaleza instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptualarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional⁶⁵. La Declaración de Impacto Ambiental no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse.

La DIA pone fin al procedimiento administrativo ambiental, salvo existencia de discrepancias entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo, en cuyo caso considero que será el Acuerdo resolutorio de la discre-

pancia el que le pone fin, motivo por el cual el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, otorga el mismo carácter de acto de trámite a los Acuerdos resolutorios de discrepancias⁶⁶.

Contenido. Como hemos dicho, la declaración de impacto ambiental determinará a los solos efectos ambientales la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en caso positivo, determinará las condiciones en que debe realizarse, que formarán un todo coherente con las exigidas para la realización del proyecto. Debe incluir las prescripciones pertinentes sobre la forma de desarrollar el seguimiento de las actuaciones de conformidad con el programa de vigilancia ambiental (*contenido obligatorio*).

Las declaraciones de impacto ambiental pueden contener previsiones respecto a la revisión de su contenido como consecuencia de la modificación sobrevenida o detectada en las condiciones que justificaron su emisión⁶⁷; o determinar la naturaleza y periodicidad de las acciones de control y seguimiento a que la realización y funcionamiento del proyecto pudiesen quedar sometidos, a fin de garantizar el correcto cumplimiento, en su caso, de las medidas compensatorias, correctoras y reparadoras, y del programa de vigilancia ambiental (*contenido potestativo*).

El contenido de la Declaración de impacto ambiental o, en su caso, del Acuerdo resolutorio de discrepancias entre el órgano ambiental y sustantivo, forma parte del contenido del único acto autorizador del proyecto con el que se pone fin al procedimiento sustantivo, y con el mismo valor y eficacia del resto del condicionado de la autorización⁶⁸.

Plazo. La DIA debe dictarse en el plazo de *treinta días* contados a partir, bien del fin del período de información pública, bien a partir de la recepción del expediente desde el órgano sustantivo. El plazo citado será de *dos meses* cuando la actuación afecte a zonas sensibles. Los plazos pueden interrumpirse para actuaciones complementarias.

Si transcurrido el plazo establecido no se ha emitido la declaración de impacto ambiental, se considerará que el órgano ambiental es conforme con el estudio de impacto ambiental presentado por el promo-

tor, debiendo el órgano sustantivo considerar en su resolución el conjunto de medidas preventivas, correctoras y compensatorias y el programa de vigilancia ambiental previstas en dicho estudio (art. 12.3 LEIA), sin perjuicio de cualquier otra que pudiera imponerse.

Seguimiento y Control. La actividad de seguimiento y control será desarrollada por el órgano sustantivo y por el órgano ambiental, sin perjuicio de las competencias que ostenten otros organismos. Si bien la actividad de seguimiento y control compete tanto al órgano sustantivo como al órgano ambiental, el REIA permite que se efectúe a través de una entidad que debe encontrarse registrada en el órgano ambiental de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Dicha intervención así como el Registro donde han de inscribirse las entidades privadas interesadas, se regulan en la Orden de 26 de enero de 2.005. Es objeto de la Orden regular, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la autorización a Entidades y Profesionales, encargados de realizar el control externo regulado en el art. 26 del REIA, y establece

la obligación del promotor o titular de un proyecto o actividad que ha sido sometida a Evaluación de Impacto Ambiental, la realización de un control externo de los puntos críticos señalados en la Declaración de Impacto Ambiental, a través de una Entidad o Profesional autorizado para tal actividad, según lo establecido en esta Orden, facilitando el desempeño de sus funciones, sin interferir en su labor técnica.

Publicidad. Debe publicarse en el «Diario Oficial de Castilla-La Mancha»:

1. Las declaraciones de impacto ambiental;
2. Las Resoluciones sobre la no necesidad de sometimiento a evaluación, es decir, los proyectos del Anexo 3 no sometidos al procedimiento simplificado; y
3. Las autorizaciones acordadas por el órgano sustantivo, si transcurrido el plazo establecido no se ha emitido declaración de impacto ambiental, siempre que efectivamente hubiesen sido pre-

vistas en el estudio medidas preventivas, correctoras y compensatorias y programa de vigilancia ambiental (art. 12.3 LEIA).

Efectos. El órgano sustantivo debe tener en cuenta el contenido de la declaración de impacto ambiental en el procedimiento de autorización del proyecto; no obstante, la Autoridad competente sustantiva, lejos de quedar absolutamente vinculada por aquel juicio, puede discrepar de él en cualquiera de los aspectos que lo integran, esto es, tanto en el aspecto referido a la conveniencia de ejecutar el proyecto, como en el del contenido del condicionado al que haya de sujetarse⁶⁹; discrepancia que, de producirse, será resuelta por el Consejo de Ministros o por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, según cual sea la Administración Pública donde resida la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto⁷⁰. En cualquier caso, no tendrá lugar la autorización del proyecto hasta la resolución de las discrepancias.

Hasta ahora, cuando sobre una misma petición o un mismo proyecto recaían varios pronunciamientos desde diverso ámbito competencial, se han venido articulando, sin más, mediante la exigencia independiente de todos ellos o, en su caso, primando a uno sobre otro; con el presente mecanismo se opta por una vía distinta consistente, en primer término, en la exigencia cumulativa favorable de ambas resoluciones y, en segundo término, para el caso en que ello no acontezca – y utilizando los criterios de solución de conflictos de atribuciones – se arbitra una resolución definitiva de un órgano superior. El Consejo de Gobierno autonómico, desde la perspectiva global e integradora que persigue la normativa evaluatoria, decide a la vista de todos los factores ambientales, técnicos, económicos y sociales que concurren en cada supuesto concreto⁷¹.

Ni la normativa comunitaria ni la nacional, que regula con carácter general las EvIA exigen que el proyecto deba de ser rechazado, ni siquiera en el supuesto de que se produzcan graves daños en el medio ambiente.

Tasa. Determinadas Comunidades Autónomas han establecido una figura de naturaleza tributaria, una tasa, cuyo hecho imponible con-

siste en las actuaciones administrativas inherentes al suministro de información medioambiental, evaluación de impacto ambiental, autorizaciones y controles ambientales, inspecciones ambientales o calificaciones ambientales de actividades⁷².

VIII. CONCURRENCIA DE AUTORIZACIONES AMBIENTALES

Puede ser que la puesta en funcionamiento de un determinado proyecto o actividad además de estar sometido a Evaluación de Impacto Ambiental, deba ser objeto de otras autorizaciones de carácter medioambiental⁷³, e incluso que la competencia corresponda a distintas Administraciones públicas, por lo que la colaboración y coordinación interadministrativa se hace necesaria.

La Evaluación de Impacto Ambiental no excluye, por ejemplo, la Autorización Ambiental Integrada (Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación cuya transposición se ha efectuado por la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación) o la licencia de Actividades Clasificadas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas e Instrucción por la que se dictan normas complementarias para su aplicación, aprobada por Orden de 15 de marzo de 1963).

Es importante que las nuevas medidas de intervención administrativa de protección medioambiental tengan en cuenta esta compleja situación, pudiendo servir de solución, la que vienen aplicando la nueva Ley reguladora del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero⁷⁴ o la Ley del Ruido⁷⁵, consistente en integrar la evaluación de algún aspecto medioambiental concreto – la emisión a la atmósfera de gases de efecto invernadero o la emisión de ruidos -, en los procedimientos ya existentes, como la autorización ambiental integrada, la evaluación de impacto ambiental o la licencia de actividad clasificada.

IX. RÉGIMEN SANCIONADOR

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa autonómica sobre evaluación del impacto ambiental, la LEIA (Título III) establece un catálogo de infracciones (muy graves, graves y leves) que llevan aparejada la oportuna sanción, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador. Sólo merece destacarse, por su particularidad, las siguientes notas:

Las *sanciones* que se pueden imponer, además de las tradicionales multas, son la de cierre del establecimiento o suspensión de la actividad, total o parcial, hasta cuatro años; o la clausura definitiva, total o parcial, del establecimiento o actividad. Como medidas adicionales, la pérdida del derecho a percibir ayudas relacionadas con el proyecto.

En la *graduación de las sanciones*, dada la finalidad de las evaluaciones, se ha de tener en cuenta como factores agravantes, junto a otros, la repercusión y trascendencia en lo que respecta a la salud y seguridad de las personas y sus bienes; la afección cualitativa y cuantitativa y los perjuicios causados a los espacios y recursos naturales; el riesgo objetivo de contaminación del medio ambiente; y el carácter irreversible del daño.

La Ley crea un *Registro de infractores*, para aquellos cuya sanción sea firme, de carácter público y dependiente del órgano ambiental. En el registro se reflejarán los datos identificativos del infractor, la tipificación de la infracción, así como cuantas medidas, sanciones, multas, indemnizaciones e inhabilitaciones se impusieran. Los infractores que hayan extinguido su responsabilidad tendrán derecho a la cancelación automática de sus antecedentes y a ser dados de baja en el registro, siempre que haya transcurrido el plazo suficiente para no incurrir en reincidencia. A partir de la cancelación de la inscripción, los datos sólo podrán ser utilizados por la Consejería para fines estadísticos.

BIBLIOGRAFIA:

- GOMEZ OREA, DOMINGO, Evaluación de Impacto Ambiental, Ed. Agrícola Española, Madrid, 1998.
- LOZANO CUTANDA, BLANCA, Derecho Ambiental Administrativo, Dykinson, 5ª Edición, 2.004.
- MATEU ISTURIZ, JF/ CEPAS PALANCA, R/ PEDERNAL PECES, MªJ/ *La protección de los consumidores y el medio ambiente en la CEE*, Ed. Trivium, Madrid 1986.
- OÑATE, JUAN JOSE Y OTROS, *Evaluación Ambiental Estratégica. La Evaluación Ambiental de Políticas, Planes y Programas*. Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2002.
- ORTEGA ALVAREZ, LUIS (Director), CONSUELO ALONSO, MORENO MOLINA y otros: *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, , Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002 (4ª Edición, 2005)
- ORTEGA ALVAREZ, LUIS, Coordinador, CONSUELO ALONSO y otros, *Derecho Administrativo Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2000.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO/ *Derecho medioambiental de la Unión Europea*. Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO . *Nueva condena a España por incumplimiento de la normativa comunitaria europea sobre evaluación de impacto ambiental*. Comentario a la STJCE de 16 de marzo de 2006, C-332/04, Comisión/España Repertorio de Jurisprudencia núm. 6/2006.
- RIERA, PERE: *Evaluación de Impacto Ambiental*, Barcelona, Rubes Editorial, noviembre, 2.000.
- ROSA MORENO, JUAN, *Régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Trivium, Madrid, 1993.
- VICENTE JIMÉNEZ, TERESA (Coordinadora) y otros. *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Ed. Trotta SA, Madrid, 2002.
- Obras editadas por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, mayo 2.003:
 - Procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de Planes y Programas en Castilla-La Mancha,.
 - Procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de Planes y Programas de Ordenación del Territorio y Urbanísticos en Castilla-La Mancha
 - Procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos en Castilla-La Mancha
 - Pueden consultarse en www.jccm.es/medioambiente/publicaciones/publicaciones.htm

NOTAS:

¹ La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992, establece como principio “ *La Evaluación de impactos de las actividades con potenciales efectos ambientales adversos* “.

² Dos sentencias del TJCE de 18 de marzo de 1980.

³ Modificada por la Directiva 97/11/CEE, de 3 de marzo de 1997. La Directiva 2003/35/CE, de 26 de mayo, la modifica en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia.

⁴ Los Estados son los únicos sujetos de Derecho internacional público, son los que firman los Tratados constitutivos de las Comunidades, y sólo ellos pueden ser demandados por incumplimiento y condenados. Los Estados miembros responden ante la Comunidad, sin que puedan alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluso constitucionales, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario (S TJCE 2-8-93, asunto C-355/90, Comisión contra España).

⁵ La intervención de la Comunidad en esta materia se realiza a través de la Comisión, de la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA) y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). La vigilancia por parte de la Comisión incluye tanto el control sobre la adecuada transposición a las legislaciones nacionales de la normativa comunitaria, como el control de la aplicación efectiva mediante la comprobación de que la legislación comunitaria se aplica en la vida real.

⁶ La incorporación de España a la Comunidad Europea trajo consigo la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a las disposiciones de los Tratados y a los actos normativos comunitarios, motivo por el cual fue promulgada la Ley 47/1985 de 27 de diciembre, por la que las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución, delegaron en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley al objeto de adecuar el ordenamiento español al comunitario.

⁷ Modificaciones incentivas por las sentencias del TJCE, en materia de evaluación ambiental, referidas a España: Sentencias de 13 junio 2002, 16 septiembre 2004, 8 septiembre 2005 o 16 marzo 2006.

⁸ Reformas necesarias por la modificación operada en el ámbito comunitario por la Directiva del Consejo 97/11/CEE de 3 de marzo, ya citada. La modificación se opera por el Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, convalidado y posteriormente tramitado como proyecto de Ley, dando lugar a la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

⁹ El artículo 127 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁰ Ley 9/2006 de 28 de abril, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En vigor esta modificación desde el 30 de abril de 2006.

¹¹ Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, firmado en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991, (BOE nº 261 de 31 de octubre de 1997) y su Protocolo sobre evaluación ambiental estratégica, firmado en Kiev en 2003. La Directiva 97/11/CE (y en consecuencia la Ley 6/01) han recogido igualmente la obligación de poner la evaluación ambiental en conocimiento del otro Estado miembro al que puede afectar el proyecto desde un punto de vista medioambiental.

¹² ORTEGA ALVAREZ, *Lecciones ...*, pág. 105.

¹³ DOCM nº 26 de 30 de abril.

¹⁴ Deroga al Decreto 118/2000, de 20 de junio, por el que se establecían umbrales y criterios para determinadas actividades del anejo 2 de la ley 5/99. Se publicó en el DOCM nº 5 de 15 de enero de 2003, pero en el DOCM nº 20, de 17 de febrero de 2003, se realizó una corrección de errores del Decreto 178/2002, procediendo a una nueva y completa publicación de su texto, ya corregido.

¹⁵ Como señala GARCÍA GARCÍA, MARÍA JESÚS, *La evaluación de impacto ambiental: concepto, naturaleza jurídica y régimen competencial*, Revista Jurídica Aranzadi, Pamplona, 2003: *Otras en cambio han ampliado el listado de proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental, respecto de actividades o proyectos que se integran en el ámbito de sus competencias sustantivas*. En su opinión, de la STC 13/1998, de 22 de enero, parece deducirse una interpretación favorable al criterio de la territorialidad. También se desprende, a su juicio, del art. 5.1 y disposición adicional tercera del RDL 9/2000.

¹⁶ Art. 1º.4 de la Directiva 85/337/CEE, Disposición Adicional Primera RDL 1032/86 y art. 2 a) y b) del RD 1131/88.

¹⁷ Similar previsión contiene la normativa estatal para el Consejo de Ministros, en la Disposición Adicional Segunda del RDL 1302/86 y el art. 3º del RD 1131/88.

¹⁸ Definición recogida por Consuelo Alonso García, Nuria Garrido Cuenca y Jose Antonio Moreno Molina en *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Editorial Lex Nova, 4ª Edición, pág. 138.

¹⁹ Oñate, JJ. *Evaluación Ambiental Estratégica ...*, pág. 294.

²⁰ Propuesta de Decisión COM (2003) 221, de 28 de abril.

²¹ Al menos teóricamente, en el proceso de toma de decisiones se va de lo más abstracto a lo más concreto, en estadios ordenados jerárquicamente. En su primer estadio superior tendríamos la opción política, que serían las primeras orientaciones o directrices en un asunto o campo determinado. En el segundo escalón estarían los planes, como conjunto de objetivos coordinados y ordenados temporalmente para aplicar la política, y un programa sería la articulación de una serie de proyectos previstos en un área determinada. Estos tres niveles estarían ordenados jerárquicamente, del mismo modo que sus correspondientes evaluaciones ambientales, de tal manera que el instrumento de evaluación ambiental de cada escalón vendría condicionado por el correspondiente al escalón siguiente, hasta llegar al cuarto y último escalón, que sería la Evaluación de Impacto Ambiental del concreto proyecto.

²² Según su art. 13, *“los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004”*. El Estado español no ha transpuesto hasta el momento esta Directiva sobre Evaluación Ambiental Estratégica.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998 de 22 de enero.

²⁴ Idea que según el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17-11-98, se desprende del marco jurídico regulador de la Evaluación de impacto ambiental.

²⁵ El Primer Programa de Acción de 22 de noviembre de 1973, recogía la actuación preventiva y la evaluación de impactos ambientales como un principio de actuación fundamental para la política comunitaria del medio ambiente: *“la mejor política de medio ambiente consiste en evitar desde un origen, la creación de contaminaciones o de perturbaciones, más que en combatir ulteriormente sus efectos. En tal sentido habrá que orientar el progreso técnico y el desarrollo económico y social”*.

²⁶ El art. 174.2 TCE señala que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente ... *se basará en los principios de cautela y de acción preventiva*.

²⁷ Rosa Moreno, op. cit., pág. 151.

²⁸ Contenido que el REIA toma de la propia Directiva 85/337/CEE modificada y del art. 6 del Reglamento estatal.

²⁹ La necesidad de la participación de los particulares en la gestión del medio ambiente venía ya apuntada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

³⁰ Vicente Giménez, *Justicia ecológica ...*, pág. 214.

³¹ Técnica conocida por el vocablo anglosajón *scoping*.

³² Rosa Moreno, Juan : *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993.

³³ En la potestad de evaluación, la barrera principal oponible al control judicial viene de la mano de la que se conoce en la clásica doctrina administrativa como discrecionalidad técnica. Sobre la discrecionalidad (administrativa / técnica) de la Administración en el ejercicio de la potestad de evaluación y los límites de su control judicial, véase Rosa Moreno, op. cit. págs. 158 y ss.

³⁴ Rosa Moreno, op.cit., pág. 247, lo califica de modelo híbrido entre el norteamericano, donde existe un procedimiento *ad hoc* e independiente; y el francés, que adiona a los expedientes administrativos una nueva pieza documental.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998 de 22 de enero.

³⁶ Gómez Orea, Domingo, *Evaluación de Impacto Ambiental*, Ed. Agrícola Española, Madrid, 1998.

³⁷ Existen discrepancias doctrinales sobre si ese procedimiento administrativo es ordinario o especial.

³⁸ El RD 1477/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, establece que bajo la supervisión del Secretario General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático, la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental ejerce la función de la ejecución del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos de competencia estatal, la propuesta de resolución de declaración de impacto ambiental, así como el seguimiento y control de las medidas correctoras establecidas, en su caso, en tales declaraciones. Función que ejerce a través de la Subdirección General de Evaluación Ambiental.

³⁹ Art. 18. Efectos de la declaración de impacto ecológico: 1. La Declaración de Impacto Ecológico es trámite preceptivo y esencial, y constituye la resolución de un procedimiento incidental previo a la autorización administrativa de los proyectos sujetos a evaluación de impacto. En su ausencia, dicha autorización ser un acto administrativo nulo de pleno derecho ...

⁴⁰ El principio de Reserva de Ley para establecer la sujeción a la técnica evaluadora ha sido defendido – entre otros - por Rosa Moreno, J. (op. cit., pág. 197). No obstante, como señala este autor, ha habido ocasiones en que dicha sujeción se ha realizado por norma de carácter reglamentario, de las que cita diversos ejemplos.

⁴¹ Consuelo Alonso y Moreno Molina, *Lecciones...*, pág. 128.

⁴² Vicente Giménez, *Justicia ecológica ...*, pag. 206: Las Comunidades Autónomas pueden someter a evaluación de impacto actividades y proyectos distintos de los sometidos por la normativa estatal, además de adicionar nuevos instrumentos horizontales de prevención. Cita como ejemplos la “ Calificación ambiental “ murciana y la “ Evaluación de efectos ambientales “ gallega.

⁴³ La incorporación de España a la Comunidad Europea trajo consigo la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a las disposiciones de los Tratados y a los actos normativos comunitarios, motivo por el cual fue promulgada la Ley 47/85 de 27 de diciembre, por la que las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 CE, delegaron en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley al objeto de adecuar el ordenamiento español al comunitario. Delegación que alcanzó a la Directiva 85/337/CEE.

⁴⁴ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de marzo de 2.003, establece que el Reglamento está capacitado para concretar qué hay que entender por determinados conceptos que se hallan en la Ley, si ésta no suministra elementos hermenéuticos suficientes, pero “ *no puede una norma reglamentaria, subordinada a la Ley, establecer distinciones y requisitos que la norma con rango legal no ha querido introducir* ”.

⁴⁵ Consuelo Alonso y Moreno Molina, *Lecciones ...*, pág. 129.

⁴⁶ S TCo de 22 enero 1.998: *La EvIA es una técnica transversal que condiciona (ahora o en el próximo futuro) la práctica totalidad de la actuación estatal que se materializa físicamente, produciendo las consiguientes repercusiones en el territorio y en el medio ambiente de una o varias Comunidades Autónomas. Asimismo, no se puede ignorar que la DIA determina la conveniencia o no de realizar el proyecto; y, en caso afirmativo, debe fijar las condiciones en que debe realizarse; a su vez, el contenido de la declaración está llamado a integrarse en la autorización que concederá el órgano titular de la competencia sustantiva sobre el proyecto, formando sus condiciones un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto.*

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 22 enero 1.998. Contrarios a ésta opinión se muestran los autores que intervienen en la obra coordinada por Vicente Giménez, T., *Justicia ecológica, ...* (B.Soro, M.Fernández, S.Alvarez y A.Gutierrez) por entender errónea la concepción por el Tribunal del medio ambiente como materia subordinada según circunstancias variables a títulos considerados prevalentes.

⁴⁸ Sobre el concepto amplio de lo que hemos de entender por proyecto, deducido de la normativa comunitaria y estatal, puede verse la S TS 19 julio 2004.

⁴⁹ El apartado 2 del artículo 1 del RDL 1302/86, según la redacción dada por la Ley 6/01, permite que las normativas autonómicas, en relación con los proyectos del Anexo II de la normativa estatal (y comunitaria) exija la evaluación de impacto ambiental, en todo caso, o bien fije umbrales, de acuerdo con los criterios del Anexo III de la normativa estatal, para determinar cuando dichos proyectos deben someterse a evaluación de impacto ambiental. Castilla-La Mancha ha optado por un criterio mixto entre la evaluación, previo escrutinio, caso por caso y la fijación de umbrales. Lo que no estaba permitido, según la interpretación del TJCE (Sentencia de 2 de mayo de 1996) es eximir por anticipado a bloques o grupos enteros de proyectos incluidos en el Anexo II.

⁵⁰ Así lo entendió el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencia de 15 de abril de 2.003, recurso de apelación nº 337/02.

⁵¹ Es lo que se conoce como *Scoping*, que ya se recogía en la NEPA norteamericana y que aparece igualmente en el art. 13 del Reglamento estatal. Para Rosa Moreno, consiste en la identificación de los aspectos que, derivado de la naturaleza de la acción y del ambiente afectado, merecen ser tratados en el estudio, realizándose ello – y ésto es lo significativo – dando cauce a una participación tanto institucional como pública. Se intenta, así una preliminar coordinación en cuanto a los temas a analizar en la evaluación, lo que redundará en una mayor eficacia de la misma, y celeridad en su tramitación, op. cit. pág. 77.

⁵² Las soluciones van desde no decir nada sobre quien puede elaborar el Estudio de impacto ambiental, las que sólo exigen experiencia en esta materia, etc.

⁵³ Rosa Moreno, op. cit., pág. 73: como garantía de calidad, ya la NEPA ordenaba a las Agencias responsables abordar los problemas ambientales con un enfoque interdisciplinario que asegure el concurso integrado de las ciencias sociales y naturales y de las artes de diseño ambiental, obligándose, como manifiesta concreción de la garantía de pluridisciplinarie-

dad, a identificar expresamente en el estudio las personas, y su cualificación, que han participado en su elaboración.

⁵⁴ Pere Riera, op. cit., Podrían ser los nuevos Licenciados en Medio Ambiente de nuestras Universidades. Los estudios conducentes al título de Licenciado en Ciencias Ambientales están regulados por el Real Decreto 2083/1994, de 20 de Octubre de 1994 (BOE del 29 Noviembre). En él se establecen las directrices generales propias de los planes de estudio que permiten la obtención del título oficial de Licenciado en Ciencias Ambientales. De acuerdo con dicho decreto, tales enseñanzas deben proporcionar una formación adecuada en los aspectos científicos y sociales del medio ambiente, y, al tiempo, permitir una orientación específica hacia los aspectos de la gestión medioambiental, planificación territorial y ciencias o técnicas ambientales. Los estudios de Licenciado en Ciencias Ambientales de la Universidad de Castilla la Mancha en Toledo, están homologados por el Consejo de Universidades.

⁵⁵ Pere Riera, op. cit.: Estadísticamente, los impactos sobre el medio humano, o social, gozan de menos atención en los estudios de impacto ambiental que el análisis de los efectos sobre el medio físico. Entre otras razones porque no hay profesionales de las ciencias sociales en la redacción de los proyectos. Se otorga más importancia a los impactos sobre los peces que sobre las personas.

⁵⁶ El Ministerio de Fomento viene editando guías metodológicas para facilitar la elaboración de los EstIA.

⁵⁷ El RD 1131/88, en su Anexo I dedicado a los *conceptos técnicos*, nos dice que hemos de entender por efecto notable, mínimo, positivo, negativo, directo, indirecto, secundario, simple, acumulativo, sinérgico, a corto, medio o largo plazo, ... impacto ambiental compatible, moderado, severo, crítico, etc.

⁵⁸ Rosa Moreno, op. cit. pág. 237.

⁵⁹ Normativas sectoriales establecen el momento en que se efectúa la información pública conjunta. El Decreto 58/1999, de 18 de mayo, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica, a través de parques eólicos, en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, establece la obligación de proceder a la información pública del Proyecto del Parque Eólico y su estudio de impacto ambiental, durante el plazo de un mes mediante su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

⁶⁰ Razquin Lizárraga, Jose Antonio, “ *Nueva condena a España ...* ” ob.cit.

⁶¹ Art. 11 LEIA y art. 25 REIA.

⁶² La Resolución de 15-01-2001 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente (DOCM nº 12 de 29 de enero) en base a que “ *no obstante su naturaleza de resolución, las Declaraciones de Impacto Ambiental son sólo Resoluciones de Trámite, que por sí mismas, ni ponen fin al procedimiento de concesión de autorización o licencia, ni causan indefensión ni perjuicio irreparable en los derechos e intereses legítimos de los promotores, por lo que, en virtud del art. 107.1 L 30/92, no son susceptibles de recurso administrativo* ” delegó en los Delegados Provinciales de la Consejería la competencia para inadmitir los recursos planteados contra las DIA.

⁶³ Doctrina fijada por el Tribunal Supremo, iniciada en su Sentencia de 17 de noviembre de 1.998, seguida de otras como la de 13 de noviembre de 2002. Entre los Tribunales Superiores de Justicia podemos citar las Ss del TSJ Castilla y León, Valladolid, 23-7-02 ó 1-1-03; TSJ Madrid, 17-10-01, ...

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002. Incluso con la nueva Ley de la Jurisdicción 29/98, y la nueva regulación de los actos de trámite de su art. 25, que intro-

duce la indefensión y los perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos como causas que posibilitan la impugnación, puesto que “ *ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados van a tener la oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior* ”.

⁶⁵ Sentencia del TS de 17 de noviembre de 1998.

⁶⁶ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 13 de noviembre de 2002, al entender que “ *al existir discrepancias entre el órgano medioambiental y el órgano con competencia sustantiva para la autorización del proyecto, debe resolver tal discrepancia, en este caso el Consejo de Gobierno ..., pero todo ello, como un trámite previo a la decisión sobre la autorización del proyecto en cuestión, decisión que será la que pueda impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa en su integridad y, por tanto, también en los pronunciamientos que acoja u omite dicha autorización en materia medioambiental. Es por tanto, la decisión sobre la autorización del proyecto de que se trate la que es susceptible de impugnación ante esta jurisdicción, pero no el trámite previo a la misma de evaluación de impacto ambiental en el que el acuerdo aquí impugnado se integra, concurriendo, por tanto, la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 69.c de la LJ 1998, en relación con el art. 25 de la misma, por no tratarse el acto impugnado de actividad administrativa susceptible de impugnación jurisdiccional. Esta es la doctrina fijada al respecto por el TS en su S de 17-11-98* ”.

⁶⁷ El Reglamento estatal, art. 18.3 RD 1131/88, recoge expresamente la *clausula de progreso científico y técnico*: *Las condiciones ... deberán adaptarse a las innovaciones aportadas por el progreso científico y técnico que alteren la actividad autorizada, salvo que por su incidencia en el medio ambiente resulte necesaria una nueva Declaración de Impacto.*

⁶⁸ S TS 17-11-98.

⁶⁹ En este sentido la Sentencia del TS de 17 de noviembre de 1998, citada por la del TSJ de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2002.

⁷⁰ Art. 4.2 RDL 1302/86, art. 20 RD 1131/88, y en el ámbito autonómico el art. 13.2 LEIA y 28.3 REIA.

⁷¹ Rosa Moreno, op. cit. pág. 284.

⁷² Ley 6/2002 de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de La Rioja o la Ley catalana, vasca, etc. establecen la posibilidad de repercutir los costes de los servicios públicos ambientales mediante la aplicación de tasas o precios públicos a los beneficiarios o usuarios de los mismos. Recientemente, la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de Ordenación Económica de la Comunidad Autónoma de Aragón regula la tasa cuyo hecho imponible lo constituye la prestación, por los órganos competentes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, de los servicios y actuaciones administrativas conducentes a la obtención de las autorizaciones, inscripciones, certificaciones y diligencias que a continuación se relacionan: a) Declaración de Impacto ambiental.

⁷³ Como advierte Rosa Moreno J, op. cit. pág. 250, la existencia de múltiples policías administrativas conlleva la concatenación, bien horizontal o bien vertical, de varios procedimientos para la realización de un proyecto o actividad. Esto ocurre de manera casi prototípica en la protección ambiental, en la que, además del estudiado procedimiento de evaluación, existe todo un elenco de procedimientos que indirecta o tangencialmente inciden en el mismo.

⁷⁴ Ley 9 marzo 2005, Regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. *Disposición adicional primera. Incorporación de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero a la autorización ambiental integrada:* El contenido de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero podrá incorporarse a la autorización ambiental integrada regulada en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, en las condiciones que determinen las Comunidades Autónomas.

⁷⁵ La Ley 37/2003 de 17 de noviembre, del Ruido (que pretende transponer al derecho interno la Directiva sobre Ruido Ambiental – 2002/49/CE -) integra la intervención administrativa sobre los emisores acústicos, en los procedimientos ya existentes.

EL DERECHO DE SOCIEDADES EN POLONIA: ANTECEDENTES, ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO POSITIVO EN LA ACTUALIDAD Y TENDENCIAS DE EVOLUCIÓN

MARÍA VALMAÑA OCHAÍTA

Pfra. Dra. Derecho Mercantil

Facultad Ciencias Sociales de Cuenca (UCLM)

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Principales etapas evolutivas del Derecho de sociedades polaco; 2.1. La Codificación mercantil en el período de entreguerras: El Código de comercio de 1934; 2.2. La unificación del Derecho privado a través del Código Civil de 1964 (época comunista); 2.3. La liberalización de la economía: período inicial (época postsoviética) y fase de consolidación democrática y adaptación del ordenamiento polaco al Derecho comunitario (etapa actual); 2.4. Síntesis del marco normativo vigente en materia de sociedades mercantiles; 3. Tipología societaria en el Código de Sociedades Comerciales (CSC) de 15 de septiembre de 2000 (*Kodeks spółek handlowych*); 3.1. Aspectos generales; 3.2. Sinopsis de los principales tipos societarios mercantiles regulados en el CSC; 3.3. Referencia a las sociedades capitalistas: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada; 3.3.1. Análisis de los rasgos fundamentales de la regulación en el CSC; 3.3.2. Principales diferencias de régimen jurídico de las sociedades de capital respecto del Derecho español; 4. Tendencias actuales del Derecho de sociedades en Polonia; 4.1. La sociedad anónima cotizada y la problemática del “*Corporate governance*”; 4.2. La integración de Polonia en la UE y su manifestación legislativa reciente en el Derecho de sociedades y en Derecho mercantil en general; 4.3. Breve referencia a los cambios legislativos recientes en el Derecho del mercado de valores; 5. Notas.

RESUMEN:

Polonia, junto con otros países de la denominada Europa del Este, ha ingresado recientemente en la Unión Europea. Por motivos obvios, resulta especialmente interesante conocer algunos de los aspectos fundamentales de un ordenamiento jurídico que ha recibido la influencia de Derechos como el francés y el alemán y que tras un devenir histórico muy agitado se encuentra hoy en una fase de adaptación de sus nor-

mas al Derecho comunitario. Dentro del Derecho polaco, este artículo se centra en la exposición descriptiva de algunos de los rasgos más significativos de la regulación normativa de las sociedades mercantiles como formas jurídicas utilizadas por los empresarios para realizar su actividad económica. Tras una introducción de tipo histórico, se describen las principales modalidades de sociedades mercantiles en Derecho polaco, estableciendo un análisis comparativo con la realidad española a través del estudio del denominado Código de Sociedades Mercantiles (Kodeks spółek handlowych) que entró en vigor en enero de 2001 y ha sufrido modificaciones recientes. Se presentan, asimismo, algunos de los cambios legislativos más importantes en éste y otros ámbitos del Derecho privado polaco por razón de la adaptación de su ordenamiento al Derecho comunitario.

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se centra en el análisis del Derecho de sociedades polaco en la actualidad exponiendo las líneas fundamentales del régimen legal de los tipos societarios mercantiles sin olvidar los aspectos más novedosos que se han presentado a debate en los últimos años como el temario relativo a los aspectos del gobierno de la sociedad cotizada¹.

El objetivo del mismo es ofrecer una visión general y descriptiva del Derecho de sociedades en este país, con referencia a aquellos ordenamientos vecinos con los que ha compartido un devenir histórico que, sin duda, ha determinado muchas de las características de su Derecho positivo en la actualidad.

En efecto, Polonia constituye un paradigma de la adaptación del Derecho a los cambios políticos y socioeconómicos. Este estudio pretende ser narrador y testigo de los mismos tomando como referente el Derecho de sociedades puesto que las sociedades mercantiles representan la forma más generalizada de empresario en la actualidad y porque, al referirse a la actividad económica, constituye una de las parcelas del Derecho donde los cambios señalados se manifiestan de forma más intensa.

Resulta, pues, imprescindible para los objetivos de este estudio emprender el análisis desde una panorámica histórica que acompañe la explicación de la evolución legislativa en este país. Por ello se partirá de las primeras codificaciones del Derecho privado como es el Código comercial y el Código civil, con el que se materializó la unificación del Derecho privado en este ordenamiento, hasta llegar a las últimas tendencias normativas en el Derecho de sociedades como el denominado “*Corporate governance*” o gobierno de las sociedades cotizadas. También se hará referencia a las principales fuentes de inspiración del Derecho de sociedades polaco, ordenamientos que han influido en el mismo, hasta llegar al contexto actual de integración de Polonia en la Unión Europea junto con otros países de la denominada “Europa del Este”.

Asimismo, el trabajo aborda con una perspectiva comparativa, pero con carácter general, las principales diferencias del Derecho de sociedades polaco respecto del Derecho español que, en todo caso, se han ido reduciendo en los últimos años con motivo del proceso de adaptación de ambos ordenamientos a las directrices del Derecho comunitario.

2. PRINCIPALES ETAPAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO DE SOCIEDADES POLACO.

2.1. La Codificación mercantil en el período de entreguerras: El Código de comercio de 1934.

Al igual que en Derecho español, la promulgación del primer Código de comercio antecede al Civil en el ordenamiento polaco. Concretamente el Código de comercio polaco data de 1934 mientras que el Código civil es de 1964 si bien existían normas anteriores en el ámbito del Derecho de los contratos que pueden ser incluidas dentro del denominado Derecho común como el Código de Contratos de 1933, en el que se regulaba, entre otras materias, la sociedad civil².

El Código de Comercio de 1934 tiene unos antecedentes previos que no hay que pasar por alto. Este Código se dictó, junto con otras normas -a las que la doctrina se refiere como legislación de entreguerras-, en un momento en el que Polonia acababa de conseguir su independencia

(1918) tras haber sufrido durante años la división y dominación de su territorio por parte de diversas potencias extranjeras que habían aplicado su propio Derecho en el mismo. Por consiguiente, el objetivo fundamental del Código, así como del resto de normas elaboradas en esta época, consistía, fundamentalmente, en superar la diversidad y desconexión de las normas preexistentes sirviendo a la unificación del país, también, o principalmente, a través de su Derecho ³.

En concreto, el territorio polaco se dividió en cuatro zonas subyugadas a poderes políticos foráneos diferentes y en las que, en consecuencia, se aplicaban distintas regulaciones y sistemas normativos. Estas zonas eran: la zona polaco-francesa que más tarde quedaría bajo la dominación rusa, se correspondía con la zona central del país y tenía en Varsovia su capital; la zona rusa al este; la austriaca al sur y la alemana (Prusia) al oeste⁴.

Estas potencias dejaron su impronta en el ámbito jurídico al aplicar en dichos territorios sus sistemas nacionales. Así, por ejemplo, la influencia del Derecho francés en el Derecho privado polaco es notable y ello se debe a la aplicación del Código Civil de 1804 y al Código de Comercio francés de 1807 en parte de su territorio (zona central con Varsovia de capital).

En todo caso, los cambios políticos y revueltas constantes, produjeron cambios legislativos y adaptaciones continuas de las normas según las circunstancias de cada momento. Así tras la caída del imperio napoleónico, cuya influencia tuvo lugar durante los años 1807-1815, Polonia firmó el Congreso de Viena de 1815 como parte del imperio ruso iniciándose una “rusificación” de las instituciones preexistentes que en el ámbito del Derecho supuso una modificación y/o derogación de algunas partes del Código Napoleónico así como la anexión de gran parte del territorio al Imperio ruso ⁵. En este contexto de cambios políticos y tras la declaración de independencia del Estado polaco en 1918, coincidiendo con la caída de la Rusia zarista, o Segunda República, es cuando se plantea la unificación legislativa del nuevo Estado polaco para lo cual se crea la “Comisión de Codificación de la República Polaca” creada por ley, el 3 de julio de 1919⁶.

De estos trabajos surgió una abundante obra legislativa -la legislación del periodo de entreguerras-, entre la que se encuentra el Código de Comercio de 1934 aunque la legislación anterior en cada territorio se mantuvo en vigor provisionalmente, como el Código de comercio francés de 1807 en la región o provincia central, o el “*Zwod Zakonow*”, T. XI, 2, del Imperio Ruso del siglo XIX para la provincia rusa, o el Código de Comercio de 1897 (*HGB*) en la provincia prusiana⁷.

Pero finalmente y previa promulgación de otras leyes mercantiles como la Ley de Cheques y la Ley de Letra de Cambio de 192⁸, o la Ley de competencia desleal de 1926, el 27 de junio de 1934 se publica el Código de Comercio que entra en vigor en julio de ese mismo año⁹. Concretamente, el Código de Comercio entró en vigor el mismo día que el Código de Obligaciones de octubre de 1933 constituyendo una clara manifestación de la separación entre Derecho civil y mercantil en aquella época y que, posteriormente, con la aprobación del Código Civil se eliminará¹⁰. Esta separación encontró también una manifestación significativa en el ámbito de la competencia judicial puesto que si bien, como señala la doctrina, en aquella época no existían tribunales especiales de Comercio se preveía la posibilidad de crear secciones especiales sobre temas comerciales dentro de los mismos¹¹.

El Código de comercio no tuvo una vida muy larga en términos absolutos si bien quizá habría que revisar esa afirmación en términos relativos. Así, aunque el Código de Comercio fue sustituido -en parte- por el Código Civil de 1964, algunas secciones del mismo todavía hoy se encuentran vigentes o han sido modificadas por leyes especiales posteriores al Código Civil¹².

El Código de 1934, ha señalado la doctrina, constituye un ejemplo de “codificación modelo que se corresponde con las exigencias del comercio capitalista de la época”. Este Código no estuvo ajeno a las influencias de países vecinos algunos de los cuales habían ejercido y habrían de ejercer su poder y dominio sobre territorio polaco a lo largo del tiempo. Así, en el Código de 1934 se percibía una notable influencia alemana sin perjuicio de que algunas nociones contenidas en el mismo tenían una originalidad propia como el concepto de comerciante y empresa¹³.

La promulgación del Código Civil, como se ha señalado anteriormente, supuso la unificación del Derecho privado en Polonia. Se ha dicho que en este país no ha habido una conciencia manifiesta de que el Derecho de los negocios, comercial o Derecho mercantil, constituya una rama independiente del ordenamiento jurídico ¹⁴, si bien habría que matizar esta idea toda vez que, como anteriormente se indicó, el Derecho Mercantil en Polonia existió como rama jurídica independiente del Derecho civil durante el período de entreguerras ¹⁵.

Por lo demás, la unificación del Derecho privado no ha conllevado la absorción global del *corpus* normativo mercantil en el Código Civil. Así, tras la modificación del Código de Comercio de 1934 efectuada por el Código Civil de 1964, quedaron vigentes partes del primero como las relativas a las sociedades colectiva, limitada y anónima. Por otro lado, avanzando en el tiempo, en septiembre de 2000 se publicó un nuevo Código en materia mercantil, el Código de sociedades comerciales o mercantiles (en adelante, CSC), que entró en vigor el primero de enero de 2001 -modificado recientemente en 2005-, y que ha recogido y modificado la mayor parte de los aspectos del Código de comercio de 1934 que todavía estaban vigentes.

Para finalizar, señalar que además del Código de 1934, en la época de entreguerras se dictaron otras disposiciones normativas relevantes. Este es el caso de las anteriormente mencionadas Leyes de Cheques y de Letra de Cambio, todavía vigentes, o de la Ley de quiebras de 1934 que ha sido derogada recientemente por la nueva Ley de Quiebras y Rehabilitación de 2003 ¹⁶.

2.2. La unificación del Derecho privado a través del Código Civil de 1964 (época comunista).

La liberación de Polonia en 1945 por las tropas aliadas además de poner fin a la segunda guerra mundial abre un período nuevo en la evolución del Derecho polaco. Una evolución que, de nuevo, se ve marcada por la dominación política del territorio polaco, esta vez, por su país vecino, la antigua Unión Soviética.

Así, tras un breve período transitorio en el que Polonia disfrutó de cierta independencia tras su liberación en 1945, Polonia pasó a formar parte del elenco de países dominados por la URSS.

La imposición de un nuevo sistema como el comunista tuvo obviamente consecuencias diversas e importantes en el Derecho polaco. Pero antes de analizar estas cuestiones y retrotrayéndonos por un momento a la etapa anterior, habría que señalar que en el período de entreguerras existían proyectos normativos importantes que quedaron paralizados al estallar la guerra. Estos proyectos legislativos, al menos alguno de ellos, fueron retomados tras la Segunda Guerra Mundial aunque fueron modificados o, incluso, rediseñados, durante los años 1945-1946, con la supervisión del Ministerio de Justicia ¹⁷. En cierta medida, pues, el Derecho de esta época, con las salvedades propias de la adaptación a las singularidades del régimen comunista, obviamente, viene a ser una continuación del Derecho de la época anterior.

La segunda nota característica de este segundo período período de evolución en el Derecho polaco conforme a la división hecha en este trabajo, es la labor codificadora que se desarrolla a lo largo del mismo y, de su mano, la unificación del Derecho privado.

Así, tras varios años de trabajos preparatorios de un nuevo Código Civil, el 23 de abril de 1964, este fue aprobado por la Dieta rusa¹⁸.

El nuevo Código Civil supuso la unificación del Derecho privado polaco si bien, como se señaló anteriormente, esta unificación no se materializó en una derogación total de las normas del Derecho mercantil, ni siquiera en la desaparición de la legislación mercantil precedente (se mantuvieron vigentes algunas partes enteras del Código de Comercio respecto de materias como las sociedades, como se ha señalado anteriormente).

En cuanto a la doctrina, en general no ha planteado una oposición significativa a la unificación del Derecho privado aunque también existen posiciones poco seguidistas con lo que podría denominarse como la “tesis de la unificación” que más que una mera opción de técnica jurídica tuvo

connotaciones políticas al utilizarse como manifestación del poder del Estado comunista. Precisamente por ello, algunos autores han señalado la conveniencia de revisar ciertos postulados como la unificación del Derecho privado cuando los parámetros sociales, económicos, políticos se transforman a lo largo del tiempo ¹⁹.

La unificación del Derecho privado en Polonia, así como en otros países bajo la dominación soviética, entronca, pues, con la propia configuración del Estado comunista. Se ha afirmado en conexión con esta idea que el régimen soviético supuso “la muerte del Derecho comercial” ²⁰.

En cierta medida el Código Civil de 1964 ayudó, al menos formalmente, a la desaparición del Derecho mercantil como parcela independiente del ordenamiento jurídico o disciplina autónoma de la ciencia jurídica puesto que a través del mismo se derogó gran parte del Derecho mercantil recogido en el anterior Código de Comercio.

Además, el Código Civil de 1964, como el resto de normativa existente durante la vigencia del régimen soviético, se adaptó a los postulados ideológicos comunistas.

Si bien dichos postulados y las consecuencias de su aplicación son conocidos por todos, pueden destacarse alguna manifestaciones legislativas concretas en el contexto del Derecho polaco sin olvidar las singularidades que Polonia presentaba frente a otros países igualmente sometidos al poder soviético.

Respecto de la iniciativa privada, supuso una regresión de la misma a favor de la actividad del Estado ²¹, por lo que empezó a utilizarse el concepto de comercio “socializado”. En consecuencia, surgieron formas diferentes de ejercer la actividad económica, cobrando importancia singular la actividad cooperativa y las empresas estatales; se produjeron nacionalizaciones de bienes y una fuerte planificación de la economía por parte de Estado ²² y se crearon jurisdicciones especiales que conocían los asuntos entre sujetos estatales; se trataba de la jurisdicción conocida como “arbitraje del Estado” ²³.

La dependencia de las instituciones del Derecho privado al interés general y del Estado están presentes en la legislación de la época y la adaptación de la legislación a los postulados del régimen soviético o Estado centralizado, aparecen en diferentes institutos del Derecho civil.

Un ejemplo de ello lo constituía el primer artículo del Código Civil donde se establecía que el Código regulaba “las relaciones del Derecho civil entre las unidades de la economía socializada de una parte y de las personas físicas de otra”²⁴ y que “las disposiciones del Derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los principios del sistema socioeconómico y de conformidad con los fines de la República Popular de Polonia”. En relación con este precepto algún autor afirmó que “el contenido socialista del Derecho ha encontrado su mejor formulación antes que nada, a través de cláusulas generales”²⁵.

Pero dentro de la planificación estatal propia del régimen socialista de los países del Este, podían advertirse singularidades según los países. Así, a diferencia de otros países, Polonia tuvo un relativo margen de autonomía o gozó de mayor libertad en lo económico, lo que algunos han atribuido a su posición geográfica estratégica y, por tanto, al hecho de que la URSS viera en ella una puerta de entrada al mercado occidental. En Polonia, pues, existían sociedades mercantiles y negocios privados durante la etapa comunista mientras que en otros países no fue permitido en modo alguno²⁶. Asimismo, la propiedad privada no fue totalmente abolida si bien se impusieron impuestos y gravámenes muy elevados penalizando de alguna forma la ostentación de este derecho²⁷.

A finales de los años 80 se inicia, todavía dentro de la época comunista, un paulatino proceso de liberalización de la economía, abriéndose una nueva dinámica sin solución de continuidad que culminará con la caída del muro de Berlín en 1989. Este proceso liberalizador se enmarca en un contexto determinado, la crisis económica de 1988 en la que se agudizan las debilidades de un régimen que agonizaba²⁸.

Así pues, en 1988 se dicta la Ley de Reforma Económica en la que se adoptan, todavía bajo el régimen soviético, principios de la economía de mercado²⁹. A partir de este momento se abre una nueva etapa de

desarrollo del Derecho polaco que coincide también con una nueva etapa política, el fin del comunismo. Se trata del inicio de un proceso de liberalización económica que conllevará una producción normativa variada y diversa que analizaremos seguidamente.

2.3. La liberalización de la economía: período inicial (época postsoviética) y fase de consolidación democrática y adaptación del ordenamiento polaco al Derecho comunitario (etapa actual).

Tras la caída del régimen soviético en 1989, se abrió en Polonia un período de recuperación económica que supuso un incremento de las actividades comerciales. En consecuencia se consideró necesario reformar la legislación teniendo como horizonte la convergencia con los demás países europeos y, por tanto, tomando como referente el Derecho comunitario.

Con la década de los 90 se inicia una etapa liberalizadora de la economía que con mayor o menor intensidad se ha desarrollado a lo largo de los últimos años y se ha reflejado en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico polaco.

Si bien estas son las notas comunes de la etapa que hemos calificado como periodo de liberalización, algunos autores han distinguido dentro del mismo dos fases diferentes en las que aparecen ciertas particularidades que permiten realizar esta clasificación. La primera etapa transcurriría desde el fin del comunismo (1989) hasta 1997 (fecha en la que se aprueba la nueva Constitución de Polonia)³⁰ y la segunda, se desarrollaría fundamentalmente desde finales de los 90 hasta la actualidad³¹.

La primera etapa se caracteriza porque en ella se intentó actualizar el Derecho y adaptarlo al nuevo contexto político y económico mediante una solución intermedia que suponía la remodelación y adaptación de la legislación de la etapa de entreguerras sin renunciar a elaborar algunas leyes como la Ley de Competencia Desleal de 1993 o la Ley de Comercio Público de Valores de 1997.

Durante la segunda etapa se ha acometido una reforma más integral del Derecho mediante la promulgación de nuevas leyes, algunas de

ellas de especial importancia en el ámbito mercantil. Este es el caso de la Ley de Negocios de 1999 en la que se regula las normas sobre comienzo y desarrollo de la actividad empresarial ³² o el Código de Entidades Comerciales. Este Código ha reemplazado al Código de comercio de 1934; más concretamente, lo que el Código Civil mantuvo vigente del mismo en materia de sociedades, como se ha señalado anteriormente ³³.

Con el nuevo Código de Sociedades o Entidades Comerciales de 1 de enero de 2001, que ha sufrido modificaciones recientes importantes como la que entró en vigor el 15 de enero de 2004 así como las acaecidas en junio y julio de 2005 ³⁴, no sólo se ha sustituido el régimen anterior sino que se ha acometido una regulación integral de las sociedades mercantiles, alcanzándose una unidad sistemática del Derecho de sociedades desconocida hasta su aparición ³⁵.

Pero además de este Código, durante los primeros años del nuevo milenio se han aprobado otras leyes importantes en el ámbito del Derecho privado como la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, la Ley de competencia de 2000, el Código Marítimo de 2001 ³⁶, la Ley de Quiebras y Rehabilitación de 2003 o la Ley del Seguro de 2003, entre otras.

Algunas de las leyes mencionadas ha tenido un largo proceso de elaboración. Sirva de ejemplo la Ley de Consumidores que fue aprobada tras 10 años de trabajos previos y respecto de la que se han elaborado hasta cinco diferentes proyectos ³⁷.

En la aprobación de ésta y otras disposiciones significativas del ordenamiento jurídico polaco se han tenido en cuenta dos factores importantes. Por un lado, la aprobación de su última Constitución en 1997 en la que se incorporan valores programáticos y principios jurídicos no especificados en la anterior Norma Fundamental, y que están acordes con el actual contexto ideológico, político y económico. Así, por ejemplo, el principio de protección del consumidor se incorpora a la Constitución de 1997 y permite que la aprobación de la Ley de protección de los derechos de los consumidores de 2000 tenga una base constitucional adecuada. Asimismo, constituye un hito importante la firma del Tratado de Adhesión

a la UE en 1994, a través del cual Polonia asume principios comunitarios y se compromete a adaptar su Derecho al acervo comunitario lo que se reflejará, sin duda, en su leyes posteriores, como ha ocurrido, volviendo al ejemplo anterior, con la Ley de protección de los derechos de los consumidores ³⁸.

Las razones que han llevado a adoptar muchas de las disposiciones mencionadas son obvias y se enmarcan en el proceso de adaptación del Derecho polaco al Derecho comunitario; proceso que todavía está abierto y se ha acelerado significativamente con la entrada de Polonia en la UE en mayo de 2004.

2.4. Síntesis del marco normativo vigente en materia de sociedades mercantiles.

Una vez se han destacado los rasgos más significativos de las distintas etapas de evolución en las que se ha dividido esta exposición histórica del Derecho de sociedades polaco, puede concluirse que la principal norma en este ámbito es el Código de Sociedades Comerciales de 2001 (*Kodeks spółek handlowych*) ³⁹ que ha sido modificado en parte a través de la reforma que entró en vigor el 15 de enero de 2004 así como la que ha tenido lugar más recientemente por la entrada en vigor de leyes de junio y julio de 2005, sobre aspectos relativos, entre otros, a las ofertas públicas e instrumentos financieros, a las que nos hemos referido anteriormente ⁴⁰.

Se trata de una obra que se inscribe en lo que puede denominarse como segunda codificación del Derecho de sociedades ya que la primera codificación data de 1934, fecha en la que se aprobó el primer Código de Comercio en este país.

Las razones que han llevado al legislador polaco a adoptar un Código de Sociedades Comerciales son múltiples. En primer lugar, se trata del resultado de un largo proceso de revisión del Derecho de sociedades en el que han vertido sus aportaciones la doctrina y jurisprudencia polacas⁴¹; un proceso que comenzó con la decadencia del Código de Comercio de 1934.

El Código de 1934, como ha señalado la doctrina, fue durante la época comunista una “letra muerta”⁴². Posteriormente, una vez superada la paralización comercial y económica propia del Estado centralizado, durante la década de los 90 se produjeron sucesivas reformas del Código de tal manera que la doctrina empezó a plantearse la conveniencia de emprender una reforma integral y no meras modificaciones parciales de su contenido.

La opción final ha sido la de acometer una regulación completa y exhaustiva de las sociedades mercantiles adaptando el Derecho polaco al Derecho Comunitario y, particularmente, a las Directivas en materia de sociedades. Por otro lado, en el Código se deja ver la influencia de ordenamientos extranjeros como el alemán constituyendo algunas de las manifestaciones más palmarias de dicho influjo la regulación de las sociedades en formación, inexistente hasta el vigente CSC, o el estatuto legal de las sociedades profesionales así como la introducción de la sociedad comanditaria por acciones⁴³.

A pesar del carácter integral del vigente Código de Sociedades, para determinadas sociedades como las que actúan en el ámbito financiero, existe una regulación especial que se aplicará prioritariamente, tal y como se señala en el artículo 628 CSC⁴⁴. Asimismo, en el Código de Sociedades hay una remisión global al Código Civil para completar aquellos aspectos en los que no haya disposición especial al respecto. Una supletoriedad *ab initio* del Código Civil que “refleja la idea de unidad del Derecho privado polaco”⁴⁵. En todo caso, y aunque se ha señalado el carácter de *lex specialis* del CSC respecto del Código Civil, aquel mantiene su autonomía como se desprende del artículo 2 CSC cuando señala que “las materias definidas en el artículo 1§1 (ámbito de regulación del Código, a saber: creación, organización, funcionamiento, disolución, fusión, escisión o transformación de las compañías comerciales) que no están reguladas en esta ley serán gobernadas por las previsiones del Código Civil. Cuando sea requerido por la naturaleza de la relación legal de la compañía comercial, las previsiones del Código Civil se aplicarán “*mutatis mutandis*”⁴⁶.

De otro lado, el Código se aplicará solamente a aquellos tipos societarios regulados en el mismo, quedando fuera de su ámbito otras

modalidades que si bien pueden ser empresarios en cuanto realizan actividades de negocios *-business activity-*, son reguladas en otras normas (por ejemplo, las cooperativas, empresas estatales, etc.)⁴⁷.

Junto al Código de sociedades comerciales de 2001, el 1 de enero de ese año también entraron en vigor las reformas de dos leyes muy importantes en materia societaria. Se trata de la reforma de la Ley sobre Registro de la Corte Nacional de 20 de agosto de 1997, encargado de la inscripción de las sociedades mercantiles, y la Ley de Actividades Económicas de 19 de noviembre de 1999 que regula diversas entidades que se dedican a las actividades de negocios, entre otras, las sociedades comerciales ⁴⁸.

Asimismo puede destacarse la reciente reforma en materia de representación del empresario incluida en la reforma del Código Civil a la que nos referiremos posteriormente ⁴⁹.

3. TIPOLOGÍA SOCIETARIA EN EL CÓDIGO COMERCIAL DE SOCIEDADES DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2000 (KODEKS SPÓŁEK HANLOWYCH).

3.1. Aspectos generales.

Son seis las modalidades de sociedades mercantiles que recoge el Código de Sociedades Comerciales: las sociedades registradas (*spolki jawnej*), las sociedades comanditarias (*spólki komandytowej*), las sociedades de responsabilidad limitada (*spólki z ograniczoną odpowiedzialnością*), las sociedades anónimas (*spólki akcyjnej*) y dos modalidades nuevas en el Derecho polaco incluidas, precisamente, en el nuevo CSC: las sociedades profesionales (*spólka partnerska*) y la comanditaria por acciones (*komandytowo-akcyjna*).

A continuación se expondrán los rasgos configuradores de estos tipos societarios en una perspectiva general para abordar posteriormente el estudio de las sociedades capitalistas en las que se va a centrar la segunda parte de este epígrafe tercero.

3.2. Sinopsis de las principales formas societarias recogidas en el CSC.

El CSC regula hasta seis distintos tipos de sociedades mercantiles o comerciales, utilizando la terminología empleada en el mismo. Por su parte, la sociedad civil está regulada en el Código Civil de 1964.

Estos seis distintos tipos societarios se engloban en dos categorías que también se corresponden con la clasificación utilizada en Derecho mercantil español: las denominadas sociedades personalistas [*spólki osobowe (partnership)*] y las capitalistas [*spólki kapitalowe (capital companies)*]⁵⁰.

El Código sigue una ordenación sistemática lógica comenzando por las sociedades personalistas y, dentro de ellas, con la general mercantil o sociedad colectiva [*spólka jawna (registered partnership)*], continuando con las sociedades de capital.

El Código dedica los artículos 22-85 a la sociedad colectiva [*spólka jawna (registered partnership)*]. Tras ella, se regula la *spólka partnerska* o sociedad profesional que constituye, como se indicó anteriormente, una novedad introducida por este Código en el Derecho polaco. En tercer lugar, se regula la sociedad comanditaria simple [*spólka komandytowa (limited partnership)*] a lo largo de los artículos 102-124 y, seguidamente, se contienen las disposiciones relativas a la sociedad comanditaria por acciones [*spólka komandytowa-akcyjna (limited joint-stock partnership)*] que, junto con la sociedad profesional, constituye una de las novedades más significativas del Código ya que, aunque conocida en la mayor parte de los ordenamientos europeos, no se había regulado en Derecho polaco hasta que el CSC la incluyó dentro de su contenido (artículos 125-150).

Siguiendo al Título precedente y relativo a las sociedades personalistas, el Título III del CSC se dedica a las sociedades capitalistas: la sociedad de responsabilidad limitada [*spólka z ograniczoną odpowiedzialnością (limited liability company)*] y la sociedad anónima [*spólka akcyjna (joint-stock company)*].

La regulación de la sociedad limitada transcurre a lo largo de los artículos 150 a 300, mientras que a la segunda se dedican los artículos

301 hasta 490 (Título III del Código). Pero junto a estas disposiciones existen otras aplicables a ambos tipos de sociedades así como a las sociedades personalistas, que están recogidas en el Título IV y V del Código. El primero de ellos se refiere a la fusión, escisión y transformación de las sociedades y el segundo, a las sanciones penales o delitos en relación con las sociedades reguladas.

En cuanto a los tipos societarios regulados en el CSC y comenzando por las sociedades personalistas *-spolki osobowe-*, la sociedad colectiva es la sociedad mercantil general y prototipo de la sociedad de personas. El Código la define como “una sociedad personal que realiza negocios bajo su propio nombre de negocios y no es otra compañía comercial”. De la definición se desprende el carácter general de esta sociedad y la importancia de su régimen jurídico como régimen subsidiario respecto de otras sociedades mercantiles por la simplicidad de aquella. Así, el régimen de la sociedad colectiva se aplica al resto de sociedades personalistas cuando no hay disposición especial aplicable a las mismas ⁵¹ y en lo que atañe a la responsabilidad de los socios cuando las sociedades capitalistas no han alcanzado la personalidad jurídica plena a la que se refiere el artículo 12 CSC ⁵².

La sociedad colectiva es una sociedad registrada en términos legales. En cuanto a las reglas de la representación y administración, se permite, como en Derecho español, que se confiera ese derecho a uno o algunos de los socios. Sin embargo, está prohibida la atribución de la representación y administración a un tercero privando de dicha posibilidad a los socios ⁵³.

Los socios, conforme al artículo 22 § 2, son responsables de las deudas y obligaciones de la sociedad sin límite, universal y solidariamente respecto del resto de socios, pero subsidiariamente respecto de la sociedad. Respecto de este último aspecto habría que señalar que el carácter subsidiario de la responsabilidad es una novedad del CSC y supone la obligación del acreedor de ejercitar la acción frente al patrimonio social antes que frente al de los socios (beneficio de excusión) -artículo 31 CSC- ⁵⁴.

La segunda modalidad regulada en el CSC es la sociedad profesional. Como se señaló anteriormente, se trata de un tipo nuevo, cuya

adopción obedece a razones de política jurídica evidentes, como servir de instrumento para el desarrollo de actividades profesionales y de negocios comerciales lo que a su vez representa una vía para el autoempleo ⁵⁵.

En aras de conseguir este objetivo, la sociedad profesional, aunque personalista, presenta singularidades que la convierten en un tipo híbrido al presentar también ciertas características presentes en las sociedades capitalistas.

En concreto, son dos las notas que acercan la sociedad profesional a las sociedades de capital. En primer lugar la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio frente a terceros por las deudas de la sociedad que deriven de actos u omisiones imputables a otros miembros de la sociedad directamente o, indirectamente, cuando se realizan por sujetos que estaban bajo su supervisión. Así el resto de socios no involucrados en ese acto u omisión quedan liberados de la responsabilidad en que puede incurrir la sociedad y el socio implicado ⁵⁶.

Este régimen de responsabilidad puede ser alterado en el negocio fundacional o escritura negocial mediante una previsión por la cual se establezca que uno o más socios acuerdan ser responsables como socios de una sociedad profesional. Al tratarse de un agravamiento de la responsabilidad que conlleva una mayor protección del tráfico jurídico se admite dicha posibilidad.

En segundo lugar, el artículo 97 CSC prevé la posibilidad de que la escritura negocial confiera la representación y administración de la sociedad a un Consejo de administración. De no establecerse esta posibilidad, en principio, como en general sucede en las sociedades personalistas, los socios tienen la facultad de hacerlo individualmente.

Igualmente, la ley establece la posibilidad de retirar o excluir a un socio del derecho de representar a la sociedad cuando con justificación suficiente y con la mayoría de $\frac{3}{4}$ de los votos y alcanzado un *quorum* de al menos las $\frac{2}{3}$ partes del número de socios, se acuerde dicho extremo. En todo caso, ese porcentaje puede ser incrementado por la vía de la autonomía de la voluntad de los socios expresada en la escritura de la sociedad (artículo 96 CSC).

Por último cabría señalar que el carácter profesional de esta sociedad añade un plus/ singularidad a su carácter personalista. En primer lugar, porque esta sociedad sólo puede estar constituida por personas físicas que se dedican a profesiones tasadas en el Código. Además, porque entre las causas de disolución de la sociedad (artículo 98 CSC) se encuentra la pérdida por parte de todos los socios de sus licencias o derechos de ejercer la profesión. Asimismo, cuando uno de los socios pierda la posibilidad de ejercer su profesión deberá retirarse de la sociedad lo más tardar al final del ejercicio social durante el que perdió dicha habilitación (artículo 100). Junto a ello, puede traerse a colación la previsión del artículo 101 CSC en el que se establece que la muerte de uno de los socios no conlleva la sustitución en la posición jurídica de los herederos salvo que la escritura negocial así lo estableciera.

Para finalizar este bosquejo de la sociedad profesional en el CSC, cabría plantearse, sin intención de cerrar una cuestión que, en parte, el tiempo resolverá, debido al carácter novel de este tipo societario⁵⁷, la conveniencia de la medida por la cual se limita la responsabilidad del socio en la sociedad profesional y el riesgo que para el tráfico jurídico ello representa. Asimismo, el hecho de que las actividades profesionales que pueden desarrollarse a través de este tipo societario estén tasadas puede conllevar también un cierto corporativismo y generar ciertas dudas acerca de la oportunidad de haber dejado fuera del catálogo ciertas actividades profesionales como, por ejemplo, algunas relacionadas con el ámbito de la educación, el deporte, guarderías, etc.

Respecto de la primera cuestión, cabe señalar que la limitación de la responsabilidad del profesional liberal junto con la del empresario es un tema siempre candente. Igualmente en Derecho español ha habido algunas actuaciones legislativas como la reforma de la Ley de Auditorías en 1998 por medio de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que han supuesto una limitación de la responsabilidad del profesional, en este caso auditor, frente a terceros. Así, en el artículo 11 de la LAC tras ser reformado en 2002, se ha restringido el círculo de responsables frente a terceros por fallos en la actividad de auditoría; actividad que, por cierto, es una de las que pueden realizarse bajo la forma de sociedad profesional en Derecho polaco, como indica el artículo 88 CSC.

La tercera modalidad de sociedad mercantil personalista regulada en el CSC es la sociedad comanditaria (existían 740 con fecha de 30 de junio de 2003) ⁵⁸.

La sociedad comanditaria tiene dos tipos de socios. El socio que responde igual que el de la colectiva y el capitalista que responde hasta una determinada cifra que aparece especificada en el negocio fundacional o escritura registrada en el Registro Nacional; suma que determina el volumen de su responsabilidad.

El socio capitalista no participa en las tareas de gestión o administración, al igual que en Derecho español, si bien puede establecerse otra posibilidad en el negocio fundacional, incluso respecto de la representación de la sociedad, otorgándole un poder de representación entendido como representación voluntaria más que orgánica. Cuando así suceda, este socio debe hacer público su carácter de apoderado porque, de otro modo, podrá resultar responsable individualmente por los actos realizados en representación de la sociedad.

El régimen de representación y de administración de la sociedad comanditaria es más flexible, pues, que en Derecho español, en términos de la posición jurídica del socio comanditario puesto que puede desempeñar tareas de administración o representación sin que ello conlleve automáticamente la aplicación al mismo del régimen de responsabilidad del socio colectivo.

Por último, se regula la sociedad comanditaria por acciones que ha sido incluida como novedad en el CSC de 2001 ⁵⁹. Las razones de política legislativa que acompañan la creación de esta figura en Derecho polaco, no así en otros Derechos que ya conocían este tipo de sociedad, se refieren principalmente a la conveniencia de favorecer el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, particularmente, las de carácter familiar.

En este tipo social hay dos clases de socios: los socios que responden con su patrimonio universalmente de las deudas de la sociedad (*komplementariusz*) y el socio capitalista, en este caso accionista (*akcjonariuszem*).

La sociedad comanditaria por acciones se remite en lo no previsto en los artículos 125 y ss. a lo dispuesto para la sociedad colectiva respecto del socio general y al régimen de la anónima respecto del accionista.

Su capital social es de al menos 50.000 zlotys, y su régimen de administración y representación se asemeja a la sociedad comanditaria simple. La administración se confía a los socios generales; se establece como necesario un órgano de vigilancia si hay más de 25 accionistas y también será obligatoria la constitución de la Junta General ⁶⁰. La adopción de determinado tipo de acuerdos requiere el consentimiento de los socios generales que tienen en sus manos la marcha de la sociedad. Así, como señala la doctrina, se trata de una sociedad que conjuga la posibilidad de financiación externa mediante la venta al público de acciones accediendo a los mercados de capitales a la vez que permite esquivar o evitar uno de los principales riesgos de las sociedades abiertas, las OPAS hostiles, puesto que los socios generales deben otorgar su consentimiento ante medidas como éstas ⁶¹. Así pues, es la posición del socio capitalista la que puede quedar debilitada ante previsiones como las que acabamos de mencionar.

Tras las disposiciones concernientes a las sociedades personalistas, el CSC dedica el Título III a las sociedades capitalistas: la SRL [(*spolka z ograniczoną odpowiedzialnością* (sp. Z.o.o.)) y la sociedad anónima [(*spolka akcyjna* (S.A.))].

Las sociedades capitalistas, anónima y limitada, comparten notas pero también existen diferencias de régimen jurídico, principalmente debido a la configuración legal de la limitada que permite incluir notas personalistas en su régimen ⁶². Por otro lado, el capital social también es distinto en una y otra y ambas cantidades diferentes a las previstas en Derecho español. Así, la sociedad limitada tiene como capital mínimo la cifra de 50.000 zt. mientras que en la anónima este asciende a la cifra de 500.000 zt.

Pero a estas diferencias de régimen así como a algunas de las novedades que el nuevo CSC de 2001 ha introducido en el régimen de

ambas sociedades y, principalmente, de la anónima, haremos referencia en los epígrafes siguientes.

3.3 Referencia a las sociedades capitalistas: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

3.3.1. Análisis de los rasgos fundamentales de su regulación en el CSC.

Las sociedades de capital, anónima y limitada, se regulan en el CSC en los artículos 151-490, si bien hay que tener en cuenta que el CSC incluye igualmente previsiones que se destinan a todas las sociedades mercantiles y que afectan a su régimen jurídico como en los temas de transformación, disolución, liquidación, etc.

Al tratarse de sociedades capitalistas, dotadas de personalidad jurídica completa, deben cumplir unos requisitos comunes como son la obligación de inscripción en el Registro, tener un capital social mínimo, la actuación a través de órganos sociales, optándose en el CSC por un modelo dualista a diferencia del sistema español, y, a la vez, comparten características comunes como la de ostentar la condición de empresarios por razón de la forma. Así, como se ha señalado por la doctrina, las sociedades de capital en la actualidad, pueden constituirse para cualquier fin o actividad, algo que en el anterior Código de Comercio no se preveía de esta manera ya que para la sociedad de responsabilidad limitada se exigía que desarrollara un objeto social mercantil ⁶³.

El número de sociedades limitadas en Polonia, al igual que en España., supera notablemente el de sociedades anónimas. Así con datos de junio de 2003, mientras que había registradas 172.868 SRL, el número de sociedades anónimas era de 8.630 ⁶⁴.

La sociedad anónima (*spółka akcyjna*) es el prototipo de sociedad capitalista en Derecho polaco ⁶⁵. Cabe advertir, no obstante, que el legislador ha recogido ciertas previsiones de cuya aplicación puede resultar una sociedad anónima con ciertos rasgos de personalización. Algunas de estas medidas difieren de las soluciones ofrecidas en Derecho español

como la que se refiere a la posibilidad de que las acciones privilegiadas lo sean no sólo respecto de los derechos patrimoniales sino también en relación con el derecho de voto, lo que constituye un alejamiento del principio de proporcionalidad ⁶⁶. En todo caso, la posibilidad de atribuir privilegios en cuanto al derecho de voto del accionista opera tan sólo en la anónima no cotizada, en relación con acciones nominativas, y siempre respetándose el límite establecido en el artículo 352 CSC según el cual una acción no puede conceder más de dos votos.

En una línea parecida, el artículo 354 CSC reconoce la posibilidad de que los estatutos de la sociedad puedan contemplar derechos personales respecto de determinados accionistas. Así, como señala este precepto, el contenido de ese derecho puede consistir en el derecho a nombrar o dimitir miembros del Consejo de administración (*Zarzqd*), del Consejo de Vigilancia (*Rada Nadzorcza*) o el derecho a recibir determinadas prestaciones -actuaciones de la compañía-, y, por lo que se refiere a sus límites, habría que remitirse a lo establecido al respecto para las acciones privilegiadas (arts. 351 y 352 CSC). Consecuencia de esta previsión y de la admisión de derechos especiales para determinados socios, la doctrina se ha planteado si ello acarrea también el reconocimiento de un derecho de veto a determinados accionistas con cuyo ejercicio se pudieran paralizar determinadas decisiones de la sociedad⁶⁷.

Otra medida que permite incluir ciertas notas personalistas en la sociedad anónima se corresponde con la previsión relativa a la limitación a la transmisibilidad de las acciones. Se trata de un régimen que difiere significativamente del contenido en la LSA española, en la medida en que conforme al CSC polaco se puede restringir la entrada de nuevos socios a la sociedad anónima de manera más rotunda que en la legislación española. Así, conforme al artículo 338 CSC se puede limitar la transmisión de acciones durante 5 años desde la adopción de ese acuerdo. Si el acuerdo consiste en incorporar un derecho de asunción preferente o de naturaleza semejante para evitar la entrada de terceros y legitimar el derecho prioritario del socio a adquirir esas acciones, la limitación pueden prolongarse incluso por un período de 10 años.

En cuanto al régimen de las aportaciones sociales, existen algunas diferencias de régimen respecto del Derecho español. Así, el artículo

309 CSC establece que cuando el pago de las acciones se realice a través de aportaciones en especie, el desembolso de las mismas no puede diferirse más de un año desde el registro de la sociedad, a diferencia del Derecho español en el que el artículo 40.2 LSA prevé un plazo máximo de 5 años.

Respecto de los órganos sociales, como se ha señalado anteriormente, el modelo elegido se corresponde al denominado sistema dualista propio de los países germanos de los cuales el Derecho polaco ha recibido una notable influencia. Por tanto, en la sociedad anónima existe un órgano de administración (administradores) y un Consejo de Vigilancia que se encarga de controlar al primero junto con la Junta General de Accionistas.

El órgano de administración puede estar formado por una persona a diferencia del Consejo de vigilancia de carácter colegial constituido al menos por 3 personas en el caso de la sociedad anónima no cotizada y de 5 en la cotizada ⁶⁸. La condición de miembro del Consejo de Vigilancia es incompatible con la de administrador y no pueden tener la condición de ejecutivo con el objeto de mantener una independencia entre dichos órganos ⁶⁹.

En cuanto a la periodicidad de estos órganos, habría que señalar que el Consejo de Vigilancia debe reunirse al menos una vez al año para censurar la gestión social, y la Junta General al menos en los seis primeros meses tras el cierre del ejercicio social.

En la sociedad anónima, a diferencia de lo establecido en el CSC para la sociedad limitada, no existe un derecho de control del socio ya que el ejercicio de ese control corresponde al Consejo de vigilancia ⁷⁰. Si embargo, éste no tiene propiamente un derecho a dar instrucciones al órgano de administración ya que éste es el órgano encargado de la gestión y representación de la SA. No obstante los Estatutos pueden exigir el consentimiento del Consejo de Vigilancia o de la Junta General en relación con determinadas actuaciones de los administradores sin que la actuación de estos, prescindiendo de dicho consentimiento, invalide el acto si bien podría determinar su responsabilidad ⁷¹.

Merece un comentario concreto las normas que se refieren a la protección de la minoría y a las que constituyen medidas anti-OPA. Respecto de las primeras, podría afirmarse que, en general, el ejercicio de los derechos de la minoría, dentro de los cuales se encuentra el derecho a solicitar convocatoria de junta extraordinaria, resulta menos asequible que en legislaciones como la española en la medida en que el umbral exigido para dicho ejercicio es bastante elevado: un 1/10 del capital social. Solamente en determinados supuestos se exige un porcentaje menor, como en el caso previsto en el artículo 385 §3 según el cual los accionistas que representen el 5% del capital social pueden solicitar que en la elección del Consejo de Vigilancia se aplique el sistema proporcional⁷². Se trata de una norma que, como ha señalado la doctrina, tiene importantes consecuencias puesto que, teniendo en cuenta que, de hecho, el Consejo de Vigilancia es quien elige a los administradores, esta medida sobrepasa los contornos del ámbito de la protección de las minorías constituyendo un mecanismo de cambio de control de la sociedad⁷³.

En cuanto a las medidas antiopa destaca el régimen del capital autorizado (art. 444 CSC) como instrumento del órgano de administración para impedir una toma de control por parte de otra sociedad. Los límites de aplicación del aumento de capital en estos casos son bastante más flexibles para el órgano de administración que en Derecho español toda vez que el límite cuantitativo consiste en que no se supere las $\frac{3}{4}$ del capital social en el momento en que se autoriza al órgano de administración a realizar esa operación y, en cuanto al límite temporal, se fija en un período de 3 años desde la autorización, lo que implica que pueden realizarse uno o varios aumentos de capital sin que conjuntamente rebasen la cantidad indicada⁷⁴.

Pero junto a esta medida antiopa, la doctrina ha señalado la importancia de algunas otras como la posibilidad de que los accionistas en los Estatutos sociales puedan condicionar el cese de un administrador o miembro del Consejo de Vigilancia a que se produzcan importantes razones para ello (art. 203 para la limitada igualmente y art 370 CSC para la anónima)⁷⁵.

Otro aspecto de notable interés en la regulación de la sociedad anónima por le CSC es el relativo al ejercicio abusivo de los derechos por

parte del socio. Así, junto con los derechos de la minoría a los que anteriormente nos hemos referido, el CSC también ha especificado algunos supuestos que pueden constituir abusos en el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio con soluciones que en ocasiones pueden resultar controvertidas.

Así, destaca la norma del artículo 423 §2 CSC sobre el abuso en el ejercicio del derecho de impugnación de los acuerdos sociales por parte del socio. Según este precepto “Cuando una acción para anular un acuerdo de la Junta General sea planteada, el tribunal, a solicitud de la sociedad demandada, puede adjudicar a la demandante una suma diez veces mayor a los costes del juicio y la remuneración del abogado o asesor legal. Esto no impide la solicitud de daños en aplicación de las reglas o normas generales”⁷⁶.

En este artículo se plantea una suerte de daños punitivos en la medida en que más allá de resolver el problema de la resarcibilidad de un daño eventual producido por una impugnación de acuerdos sociales en abuso del ejercicio de un derecho se recoge la posibilidad de imponer una indemnización que prescinda del daño efectivo. Cabe cuestionarse la razonabilidad de esta norma que viene a aplicar un instituto, los daños punitivos, de escasa tradición en el Derecho de daños de los ordenamientos continentales, así como su oportunidad al hacerlo en el marco del ejercicio de los derechos del socio accionista. En este sentido, podrían aplicarse otras medidas para salvaguardar a la sociedad y sus socios de acciones de impugnación infundadas o redundantes, ejercidas con mala fe, que entrarían a formar parte del conjunto de mecanismos procesales que ostenta el juez para la defensa de las partes sin que por ello se prescinda de derivar una responsabilidad por daños si finalmente se demuestra la mala fe del demandante y la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho.

Por su parte, la sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad capitalista que incluye en su regulación legal elementos de marcado acento personalista. Puede advertirse una notable tendencia a dicha personalización en determinados aspectos de su régimen jurídico que giran en torno a la configuración de la participación social. Así, aspectos como la transmisión de las participaciones sociales, la posición jurídica del socio, y, en particular, el contenido de los derechos del socio y la posi-

bilidad de romper el principio de proporcionalidad otorgando privilegios a los socios, incluso en el ámbito de los derechos políticos, sin olvidar el derecho de control o supervisión del socio que le asemeja al socio de las sociedades personalistas (colectiva o comanditaria) ⁷⁷, son algunos de los aspectos que manifiestan dicha personalización.

En todo caso, habría que señalar que esa personalización que desprende la configuración legal de la sociedad limitada no ha impedido que el legislador polaco haya aceptado la posibilidad de que la sociedad limitada se financie externamente a través de la emisión de obligaciones, a diferencia de lo establecido al respecto en el Derecho español.

La sociedad limitada debe constituirse con un capital mínimo de 50.000 Zlotys y el valor nominal mínimo de la acción no puede ser menor de 50 zlotys (artículo 154 y 181) ⁷⁸. Constituye una diferencia respecto del Derecho español el hecho de que el CSC especifique el valor nominal mínimo (50 zt.). Por otra parte, es destacable el hecho de que ese valor nominal mínimo (aproximadamente 12 euros) sea mayor que el previsto para la sociedad anónima (1 groz) ⁷⁹. El carácter cerrado de la limitada frente a la anónima en la que las acciones constituyen valores negociables con vocación de negociabilidad en los mercados explican la diferencia de valor nominal mínimo previsto en ambas sociedades, en aras de una mayor liquidez de las acciones.

Se admiten, como se ha señalado anteriormente, las participaciones con voto plural, estableciéndose un límite cuantitativo en el artículo 174.4 CSC según el cual una participación no puede conferir más de 3 votos.

En cuanto a los órganos sociales, se corresponden con el órgano de administración, el Consejo de Vigilancia o el Comité de Auditoría y la Junta General. Sin embargo, y a diferencia de la SA, determinados acuerdos pueden adoptarse sin celebración de la Junta, por escrito, y, por otra parte, el Consejo de Vigilancia o, en su caso, el denominado Comité de Auditoría, sólo resulta obligatorio si concurren dos circunstancias: cuando el número de socios es mayor que 25 y el capital social mayor que 500.000 zlotys. En estos casos, como establece el artículo 213 CSC, cuando se cree el Consejo de Vigilancia o el Comité de Auditoría -o

ambos- en los estatutos sociales, simultáneamente se puede excluir el derecho de control del socio que en otros supuestos ostenta como contenido de su posición jurídica ⁸⁰.

Como nota personalista, y al igual que en Derecho español, se prevé una prohibición de competencia del administrador de la sociedad limitada (artículo 211 CSC) ⁸¹. Esta prohibición incluye participar en negocios de la competencia, ser socio de una sociedad civil o mercantil personalista competidora, miembro de los órganos una sociedad de capital competidora, o participar en los órganos gestores de cualquier persona jurídica competidora. Pero junto a ello, dicho precepto también contempla la prohibición de un administrador de participar en una compañía competidora en más del 10 % de sus participaciones o cuando tenga derecho a nombrar al menos un miembro de su órgano de administración.

Por último, señalar que la entrada en vigor del nuevo CSC ha conllevado modificaciones y novedades en el régimen de las sociedades capitalistas algunas de las cuales ya han sido comentadas al analizar los rasgos fundamentales de dichas sociedades como en lo relativo al régimen de capital autorizado (arts 444 y ss. CSC). En todo caso, cabría destacar, el nuevo y primer régimen de las sociedades en formación e irregulares contenido en los artículos 161 y ss. para la sociedad limitada y en los artículos 323 y 325 para la sociedad anónima ⁸².

3.3.2. Principales diferencias de régimen jurídico de las sociedades de capital respecto del Derecho español.

Si bien se han avanzado al hilo de la exposición anterior algunas disparidades de régimen jurídico de las sociedades capitalistas en Derecho polaco respecto del Derecho español, a continuación, y a modo de recapitulación, se enuncian éstas y algunas otras diferencias que a lo largo del estudio comparativo de estas formas sociales en ambos Derechos se han ido manifestando.

- Diferente capital social mínimo: sociedad anónima (5000.000 zł) y en la sociedad limitada (50.000 zł).

- Fijación del valor nominal mínimo de la participación (50 zł) y de la acción (1 grozy o 0.01 zloty) [art. 308 CSC].

- Posibilidad de que la sociedad de responsabilidad limitada puede emitir obligaciones.

- Sistema dualista frente al sistema monista español en materia de órganos sociales. Existencia de un Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia y la Junta General. En la sociedad limitada el Consejo de Vigilancia no es siempre obligatorio y cuando lo sea, puede optarse entre éste o una Comisión de Auditoría, o incluso constituir ambos.

- Inaplicación de la teoría del levantamiento del velo por los tribunales ⁸³.

- Relativización del principio de indivisibilidad de las participaciones sociales como puede apreciarse tras la lectura de los artículos 181 y 183.3 CC. En concreto, el artículo 181 establece la posibilidad de que si los estatutos prevén que el socio puede tener sólo una participación, en los mismos también se pueda permitir al socio vender una parte de su participación siempre que el fraccionamiento no resulte que ésta tenga un valor nominal inferior a 50 zlotys.

-Cómputo de minorías: En general el porcentaje para que las minorías ejerciten determinados derechos (convocatoria de junta extraordinaria, etc.) es el 1/10 del capital social salvo algunos supuestos en los que se exige 5%. Por tanto, el ejercicio de los derechos de minoría resulta más difícil que en Derecho español donde se exige un umbral de capital social inferior (5%, en general).

-Prohibición de que en las sociedades unipersonales el socio único sea una SRL.

-Se permite que las ventajas conferidas a las acciones privilegiadas se extiendan al ámbito de los derechos de contenido político y, principalmente, al derecho de voto. Solamente se excluye esta posibilidad en la sociedad cotizada.

-En materia de órganos sociales, se admite que en los estatutos pueda limitarse la posibilidad de cesar a un administrador condicionando tal eventualidad a que existan razones significativas para ello (artículos 203.2 y 370 CSC).

-Regulación específica de supuestos de ejercicio abusivo de los derechos por parte de los socios y sanciones severas que incluso incluyen la imposición por el juez de daños punitivos.

4. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN POLONIA.

4.1. La sociedad anónima cotizada y la problemática del “*Corporate governance*”.

Junto con la regulación del tipo sociedad anónima en el CSC existen otras normas aplicables a la misma cuando tiene la condición de cotizada. Al igual que en otros ordenamientos, el marco normativo del Derecho del mercado de valores y del Derecho de sociedades se superpone por tratarse de una sociedad abierta a los mercados.

La sociedad anónima cotizada tiene algunas singularidades de régimen recogidas en el propio CSC al regular la sociedad anónima general, como la circunstancia de que el número de miembros del Consejo de Vigilancia sea de cinco en vez de tres, el alcance más limitado de derechos conferidos a las acciones privilegiadas, excluyéndose la posibilidad de establecer privilegios en el derecho de voto, así como otras notas que se justifican por su propia naturaleza de sociedad abierta como la imposibilidad de restringir la transmisibilidad de las acciones.

El desarrollo de los mercados de valores en Polonia, que por sus circunstancias históricas, políticas y económicas, no se produce hasta la década de los noventa, unido al proceso privatizador y liberalizador de su economía, han propiciado que los problemas relativos al gobierno de la gran empresa también representen en la actualidad uno de los temas más relevantes en el debate doctrinal y legislativo del Derecho de sociedades.

Junto con la mayor parte de los ordenamientos continentales, Polonia no se ha quedado al margen del movimiento autorregulador que consiste en proponer normas de conducta a los agentes y operadores económicos y, en concreto, a las sociedad anónimas cotizadas, como sujetos protagonistas de los mercados en los que concurren un sinnúmero de intereses de naturaleza diferente. A través de estos Códigos de conducta se desplaza la función tutelar del Derecho hacia el mercado al que se presupone capacidad para enjuiciar la rectitud y buen hacer de dichas sociedades.

El Código de Buenas Prácticas de las sociedades cotizadas (*Dobre Praktyki w Spółkach Publicznych*), promovido desde la Bolsa de Valores de Varsovia, y aprobado en octubre de 2002, se basa fundamentalmente, como sus homónimos en otros países europeos, en la regla de “cumplir o explicar” (*comply or explain*)⁸⁴.

El ámbito de aplicación subjetiva de este Código de Conducta se extiende a las sociedades anónimas cotizadas en la Bolsa de Valores de Varsovia (*Warsaw Stock Exchange*) y en cuanto al grado de aceptación que han tenido las mismas, la doctrina ha señalado que si bien la mayor parte de las sociedades han adoptado las reglas propuestas en el Código de Buenas prácticas, existen reticencias a aplicar algunas recomendaciones que se refieren a la composición del Consejo de Vigilancia. Concretamente o principalmente se trata de la regla según la cual la mitad de los miembros del Consejo de Vigilancia deben ser independientes. Actualmente, y conforme a la ley, se exige que dichos miembros no sean ejecutivos lo que, según la opinión de algunas compañías, es suficiente para asegurar la independencia de este órgano frente al *management*, sobre todo, como han señalado algunos, si a ello se acompaña el hecho de que con la legislación actual puede aplicarse un sistema de elección de los miembros del Consejo de Vigilancia que tiende a asegurar esa independencia en la medida en que permite a las minorías participar activamente en la elección de sus miembros mediante el denominado “sistema de votación por grupos” que viene a corresponderse con el sistema proporcional del ordenamiento español⁸⁵.

En todo caso, el Código de Buenas Prácticas establece determinadas previsiones con el objetivo de propiciar la independencia de los órganos de la SA. Así, establece que los estatutos de la sociedad deben determinar el criterio de independencia aplicado en la compañía y requerir el consentimiento de al menos uno de los miembros independientes del Consejo de Vigilancia para la adopción de decisiones relativas a determinadas materias en las que, en general, pueden aparecer conflictos de intereses, como por ejemplo, respecto de actuaciones de la compañía a favor de administradores; convenios entre la compañía o filiales con administradores, miembros del Consejo de Vigilancia, etc., o el nombramiento de un auditor para auditar los estados financieros de la compañía⁸⁶. En

todo caso, cabe señalar que el Código de Buenas Prácticas no prevé la creación obligatoria de Comités en el seno del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia ⁸⁷.

Otros aspectos contenidos en el Código de Buenas Prácticas se refieren a la remuneración de los miembros de la administración y del Consejo de vigilancia. El Código de Buenas Prácticas opta por la transparencia de las remuneraciones en el Informe Anual de la sociedad pero de manera agregada y no individual. Igualmente, prevé que si existen diferencias notables entre los honorarios de los miembros del Consejo de Administración se debe ofrecer una explicación acerca de los motivos que, en su caso, lo justifiquen ⁸⁸.

Pero junto al Código de Buenas Prácticas de 2002, existen otras disposiciones normativas y simples recomendaciones o *soft law*, aplicables al ámbito del gobierno de la sociedad anónima. En concreto, y tomando algunas de las que la doctrina ha señalado como las más significativas en este contexto podrían mencionarse: las normas contenidas en el CSC, la Ley de comercio público de los valores (*Prawo o publicznym obrocie papierami wartosciowymi*); Regulaciones del Consejo de Ministros sobre información puntual y periódica de los emisores de valores (*Rozporządzenie w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartosciowych*); Regulaciones del Consejo de ministros sobre determinadas condiciones que deben cumplirse para la admisión en los mercados oficiales de valores (*Rozporządzenie w sprawie określenia warunków, jakie muszą spełniać urzędowe rynki giełdowe oraz emitenci papierów wartosciowych dopuszczonych do obrotu na tych rynkach*); Regulaciones del Consejo de Ministros acerca de la información pertinente que debe ser incluida en una solicitud de autorización para adquirir un bloque sustancial de acciones de una compañía cotizada (*Rozporządzenie w sprawie określenia zakresu informacji objętych wnioskiem o wydanie zezwolenia na nabycie znacznego pakietu akcji spółki publicznej lub wystawionych w związku z tymi akcjami kwitów depozytowych*), las reglas de admisión a cotización dictadas por la Bolsa de Valores de Varsovia y recientemente las normas dictadas en 2005, sobre ofertas públicas e instrumentos financieros que han modificado el CSC, como anteriormente se ha señalado, y que son consecuencia de la adaptación a las recientes Directivas comunitarias en esta materia ⁸⁹.

Por último, cabría señalar que al igual que en los demás países que han elaborado Recomendaciones o Códigos de Conducta aplicables a las sociedades cotizadas, salvo en el caso que las mismas hayan pasado a formar parte de disposiciones normativas concretas, como algunas de las acogidas en la Ley de transparencia de julio de 2003 en España, la falta de cumplimiento de las mismas por parte de las sociedades no implica una sanción concreta en la medida en que no se trata de normas en sentido estricto sino de simples recomendaciones *-soft law-*. Lo que sí se ha previsto en el Derecho polaco es la creación de una entidad encargada específicamente de controlar el grado de cumplimiento de las recomendaciones por parte de las sociedades cotizadas que aunque no puede imponer sanciones a las mismas en caso de incumplimiento de las reglas del Código de Buenas Prácticas, puede publicar avisos o amonestaciones respecto de estas actuaciones ⁹⁰.

4.2. La integración de Polonia en la UE y su manifestación legislativa reciente en el Derecho de sociedades y en Derecho mercantil en general.

En los últimos años Polonia ha sufrido una actualización global de su normativa con el objetivo de adaptar su Derecho a los parámetros del Derecho Europeo. Este proceso no ha terminado y si bien algunos de los cambios más significativos en el Derecho mercantil se han referido anteriormente queda por recapitular -si quiera brevemente- las novedades más recientes y las que se anuncian en un futuro cercano.

Aparte de la aprobación del nuevo Código de Sociedades Mercantiles que ha sido objeto de estudio en este trabajo, en el ámbito del Derecho mercantil, pero dentro del esquema del Derecho privado unificado que existe en este país, se ha procedido a reformar el Código Civil respecto de algunas materias que atañen al ámbito de las empresas. En efecto, la aprobación del nuevo Código de Sociedades Comerciales CSC supuso la derogación de lo que quedaba en vigor del Código de Comercio de 1934 y, así, los aspectos relativos a los nombres de las empresas o denominaciones sociales y también los relativos a los apoderamientos del empresario (*prokura*) que se regulaban en éste se han incluido ahora como parte del Código Civil ⁹¹.

Igualmente importante en la reforma del Código Civil ha sido la que atañe al concepto mismo de empresa dentro de cuyo concepto se incluyen los elementos que la componen y de los cuales ha sido excluido finalmente las obligaciones-deudas (*liabilities*) que se incluían e la anterior regulación. El cambio ha venido propiciado por los efectos que la inclusión de las deudas en el concepto de empresa tenían en los supuestos de venta de las mismas. Así, la doctrina ha señalado que había dos argumentos fundamentales para excluir las deudas de los elementos del concepto de empresa: en primer lugar, porque no podían considerarse como elementos inmateriales o materiales del activo y porque, de hacerlo, el acreedor podría quedar desasistido puesto que en toda cesión de créditos conforme al Derecho privado polaco se requiere el consentimiento del acreedor lo que no se produciría si se incluyeran las deudas como componente de la empresa. Por tanto, se ha preferido mantener la responsabilidad conjunta del vendedor y el comprador de la empresa por las deudas frente al acreedor (artículo 55 Ccivil) ⁹².

Igualmente en los últimos años se han desarrollado actuaciones legislativas significativas en el ámbito del Derecho de consumo, que han procurado, principalmente, adaptar el Derecho vigente a las Directivas comunitarias más recientes como en materia de responsabilidad por productos defectuosos. Destaca por su importancia la Ley de protección de los derechos de los consumidores y de responsabilidad por productos defectuosos que tras diez años de trabajos de preparación se aprobaba en marzo de 2000. En esta ley se han tomado en cuenta los postulados de defensa de los consumidores contenidos en la Nueva Constitución de la República de Polonia de 1997 en la que igualmente se asumía la futura incorporación de este país a la UE como así ha sucedido en mayo de 2004 ⁹³.

Recientemente, también, se ha modificado el Código Laboral flexibilizándose la contratación laboral y regulándose por vez primera las empresas de trabajo temporal. Otras reformas en materia de seguros privados y de seguridad social también han aparecido en los últimos años. Asimismo, en el ámbito de la propiedad industrial se han dictado disposiciones que adaptan el Derecho polaco a las Directivas y Acuerdos internacionales y europeos sobre el sector, como a través de la Ley de Propiedad industrial de 2002 y sobre la ratificación del convenio europeo de patente europea.

4.3. Breve referencia a los cambios legislativos recientes en el Derecho del mercado de valores

Por lo que se refiere a la normativa del Mercado de Valores, como se ha señalado anteriormente, puede afirmarse que empieza a desarrollarse en la década de los 90 cuando se ha salido del estancamiento económico de la época comunista. La primera Ley del Mercado de Valores de esta época es la Ley de 1991 sobre negociación pública de valores a la que sigue la Ley de 1997, que viene a ser una revisión y actualización de la anterior. En esta ley se regula la entidad supervisora de los mercados de valores en Polonia, semejante en su configuración a la CNMV o a cualquier otra agencia independiente que tiene entre sus facultades dictar Reglas para desarrollar o concretar algunos aspectos de la normativa del mercado de valores así como supervisar y, en su caso, sancionar a los intervinientes en los mercados.

En los últimos años los poderes de este organismo independiente se han ido remodelando en el entendimiento que al sistema anterior de autorizaciones se ha ido superponiendo un sistema que exige de emisores y otros sujetos mayor información, liberalizándose, por tanto, la realización de determinadas operaciones anteriormente sometidas a la autorización de la Comisión de Valores ⁹⁴.

En cuanto a los mercados, uno de los más relevantes es la Bolsa de Varsovia así como el *Over the counter market*.

Asimismo, recientemente se ha aprobado la Ley sobre obligaciones que ha flexibilizado el sistema anterior permitiendo a un conjunto de entidades emitir estos títulos como medio de financiación de sus actividades, entre ellas, las sociedades de responsabilidad limitada como anteriormente hemos señalado. Principalmente en la ley se recogen los requisitos de información que los emisores deben suministrar a la Comisión de Valores y que principalmente se reconducen a la elaboración y publicación de un folleto informativo de la emisión y los valores ⁹⁵.

Finalmente, en este ámbito destaca la aprobación de la Ley de 29 de julio de 2005 en materia de ofertas públicas e instrumentos financieros que ha supuesto la reforma de algunos preceptos del CSC.

5. NOTAS.

¹ Quiero agradecer la ayuda que se me ha prestado para la elaboración de este trabajo desde el Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia y muy especialmente a los profesores María SUPERA y Lukasz GASINSKI sin cuya colaboración me hubiera sido imposible realizarlo

² OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law.*, febrero 2004, págs. 1-65, pág. 1.

³ Al respecto, OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law.*, cit., pág. 1 y CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects du Droit Comparé en Pologne, Libr. Generale de Droit et de jurisprudence, Extrait du Livre du centenaire de le Societé de Legislation Comparée*, t.2, Paris, 1971, págs. 479-492, págs. 482 y ss.

⁴ Vid. al respecto CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects...*, cit., págs. 481-483.

⁵ Vid. CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects...*, cit., págs. 480 y 481 y RADWÁNSKI, Z., *Aperçu historique du droit civil polonais*, en AA. VV., *Droit Civil Polonais. Problèmes choisis* (dir. WASILKOWSKI, J.), 1975, págs. 7 y ss, pág. 7.

⁶ Vid. CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects...*, cit., págs. 483, cuando explica la composición y trabajos de la comisión.

⁷ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation à l'unification du Droit des obligations civiles et commerciales en Pologne Populaire*, págs. 33-44, págs. 33 y ss y RADWÁNSKI, Z., *Aperçu historique...*, en AA.VV., *Droit Civil Polonais...*, cit., pág. 7.

⁸ RADWÁNSKI, Z., *Aperçu historique...*, en AA.VV., *Droit Civil Polonais...*, cit., pág. 11, se refiere a la Ley de Letra de cambio y Cheques de 1924, inspirada en la Convención de la Haya, y las posteriores de 1936, y vigentes en la actualidad, adaptadas a la Convención de Ginebra sobre la materia.

⁹ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation...*, cit., págs. 34 y ss.

¹⁰ Respecto del Código de Obligaciones cabe señalar que se trataba de una obra amplia (alrededor de unos 650 artículos) de influencia suiza, francesa, alemana y austríaca y que gozaba de una buena técnica jurídica a juicio de la doctrina (RADWÁNSKI, Z., *Aperçu historique...*, en AA.VV., *Droit Civil Polonais...*, cit., págs. 8 y 9).

¹¹ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation...*, cit., págs. 35.

¹² RAJSKI, J., y OKOLSKI, J., (traducción de Ignacio Arroyo), RDM, nº 156, Madrid 1980, págs. 255-259, pág. 255.

¹³ Así se refiere RADWÁNSKI, Z., *Aperçu historique...*, en AA.VV., *Droit Civil Polonais...*, cit., págs. 10 y 11.

¹⁴ OKOLSKI, J., y MODRZEJEWSKI, J., *Il diritto delle società e degli affari in Polonia*, Rivista delle Società, marzo-abril, 1987, 2, págs. 483-505, pág. 483.

¹⁵ Señala CZACHÓRSKI, W., *De la séparation...*, cit., págs. 33, respecto del Derecho comercial "un tal Derecho existía en Polonia entre las dos guerras (...) pero no existió más".

¹⁶ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law*, cit., págs. 39 y ss.

¹⁷ Como señala CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects...*, cit., págs. 485, en la elaboración de estos proyectos colaboraron tanto funcionarios del Ministerio de Justicia como eminentes profesores de Derecho privado.

¹⁸ En 1956 se creó una Comisión "Nueva Comisión para la Codificación" bajo la presidencia de Wasilsk Wasilkowski, profesor de la Universidad de Varsovia, y primer presidente de la Corte Suprema, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia. Su cometido consistía en el-

borar, entre otros, los nuevos proyectos de Códigos de Derecho civil (y de la familia), el del proceso civil, y el proyecto de la Ley sobre el Derecho internacional privado" (...). Asimismo la preparación de estos Códigos propició la aparición de varias aportaciones doctrinales sobre dichos trabajos prelegislativos algunos de los cuales son citados en CZACHÓRSKI, W., *Quelques aspects....*, cit. pág. 487.

¹⁹ Así, por ejemplo, en OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 4, se señala, en relación con el CC de 1964, que "las normas de derecho civil gobiernan tanto las transacciones profesionales realizadas por entidades de negocios o empresas como también las negociaciones privadas de las personas naturales. Esto no debería interpretarse, sin embargo, como que la separación de las actividades comerciales del cuerpo normativo del Derecho civil sea imposible o innecesaria. Más al contrario, dado el rápido desarrollo del comercio profesional, crear un cuerpo separado de regulaciones legales regulando actividades comerciales parece ser deseable cada vez más".

²⁰ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 1, quienes señalan que en general "El Derecho comercial fue reemplazado por la así llamada ley de la actividad comercial socialista".

²¹ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation....*, cit., págs. 36 y 37.

²² OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 1; CZACHÓRSKI, W., *De la séparation....*, cit., pág. 37 y CZACHÓRSKI, W., y STELMACHOWSKI, A., *Evolución del Derecho civil en los países socialistas*, en *Sobretiro de LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo.*, Derecho privado y del trabajo. Vol. V, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1979, págs. 19-60, pág. 24.

²³ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation....*, cit., pág. 38.

²⁴ CZACHÓRSKI, W., *De la séparation....*, cit., pág. 39 y CZACHÓRSKI, W., y STELMACHOWSKI, A., *Evolución del Derecho civil....*, cit., págs. 36 y 37.

²⁵ CZACHÓRSKI, W., y STELMACHOWSKI, A., *Evolución del Derecho civil....*, cit. pág. 36. Sobre estas cuestiones también, vid. GRZYBOWSKI, S., *Caractéristique de la partie générale du Code Civil de 1964*, en AA.VV., *Droit Civil Polonais. Problèmes choisis* (dir. WASILKOWSKI, J.), 1975, págs. 19-68, págs. 23, 24 y 44.

²⁶ Como señala OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, págs. 1 y 2, "el régimen socialista no prescindió de algunos institutos como las sociedades anónimas *-joint stock companies-* porque era la forma más utilizada y extendida en otros países del Oeste. (...)". Quizá por esto, como señalan, "Polonia es el país más capitalista de sus vecinos incluso durante el comunismo".

²⁷ Respecto de esta cuestión, vid., entre otros, EÖRSI, G., *Comparative Civil (Private) Law. Law Types. Law Groups. The roads of legal development*, Akadémia Kiadó, Budapest, 1979, pág. 206.

²⁸ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 2.

²⁹ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 2.

³⁰ Cabe señalar que la adopción de la Nueva Constitución jugó un papel importante en la modernización del Derecho polaco al abrirse nuevas perspectivas como la integración en el marco europeo. Esta no es la primera Constitución de Polonia ya que precisamente Polonia ha sido un país con una larga y antigua tradición constitucional. No hay que olvidar que Polonia dictó la Segunda Constitución del mundo tras la de los EE.UU., y la primera en Europa, anterior a la francesa.

³¹ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 2.

³² OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, págs. 3 y 6. Según la

Ley de negocios de 1999, las actividades comerciales incluyen cualquier actividad en el campo de la producción, construcción, comercio y servicios, así como la búsqueda y explotación de recursos naturales si esas actividades se dirigen a obtener un beneficio y están organizadas de manera sistemática (artículo 2.1 de la Ley de negocios).

³³ En efecto, el Código Civil de 1964 no impidió que algunas partes del Código de 1934 siguieran aplicándose, como las relativas a las sociedades comerciales (concretamente, la sociedad colectiva, en comandita, anónima y limitada). *Vid., entre otros, RADWAŃSKI, Z., Aperçu historique..., en AA.VV., Droit Civil Polonais..., cit., págs. 7 y ss.*

³⁴ Se trata de las modificaciones introducidas por la Ley de 29/7/2005 sobre ofertas públicas e instrumentos financieros y la Ley de 3 de junio de 2005 sobre aspectos relativos al Tesoro Público.

³⁵ Sobre las principales modificaciones de la reforma del CSC que han entrado en vigor el 15 de enero de 2004, *vid. comentario de STEMPLOWSKA, M., Amendments to the Commercial Companies Code, The Corporate Charter, noviembre-diciembre 2002, pág. 3.*

³⁶ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit., pág. 4.*

³⁷ JAGIELSKA, M., *Product liability, en AA.VV., Conference Proceedings. The evaluation of the New Legislation in the matter of consumer protection from the European Perspective,* (edit. Marian Kępinski), Zakrzewo, 21 a 23 de junio de 2001, págs. 65-72, pág. 65.

³⁸ JAGIELSKA, M., *Product liability, en AA.VV., Conference Proceedings..., cit., pág. 65.*

³⁹ El 15 de septiembre de 2000, la Cámara Baja del Parlamento polaco ratificó la ley que entró en vigor el primero de enero de 2001, por la que se ha aprobado el Código de Sociedades Comerciales vigente que ha desplazado aquellas disposiciones sobre sociedades mercantiles contenidas en el Código de Comercio de 1934 que han permanecido vigentes durante más de medio siglo (OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit., pág. 12).*

⁴⁰ Se ha publicado una versión bilingüe polaco-inglés del Código, que ofrece el texto vigente tras la reforma de 15 de enero de 2004, por la edit. BECK, C.H., *Polish Commercial Companies Code, 3ª Ed., Varsovia, 2004,* traducido por MICHALOWSKA, K.. Asimismo, hay una posterior edición de esta obra en la que se incorporan las modificaciones al Código producidas en verano de 2005.

⁴¹ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit., pág. 12.*

⁴² *Vid. MICHALOWSKA, K., Introduction to the Kodeks spółek handlowych, Polish Commercial Companies Code, 3ª ed., C.H. Beck, Warszawa 2004.*

⁴³ RADWAŃSKI, Z., en el Prólogo a la tercera edición del Código de Sociedades comerciales, *Polish Commercial Companies Code, cit., pág. VII.*

⁴⁴ *Vid. MICHALOWSKA, K., Introduction to the Kodeks..., cit., págs. XIII.*

⁴⁵ MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit., págs. XIII.*

⁴⁶ *Vid. RADWAŃSKI, Z., en el Prólogo a la tercera edición del Código de Sociedades comerciales, Polish Commercial Companies Code, cit., pág. IX.*

⁴⁷ *Vid. RADWAŃSKI, Z., en el Prólogo a la tercera edición del Código de Sociedades comerciales, Polish Commercial Companies Code, cit., pág. IX.*

⁴⁸ *Vid. RADWAŃSKI, Z., en el Prólogo a la tercera edición del Código de Sociedades comerciales, Polish Commercial Companies Code, cit., pág. IX.*

⁴⁹ *Vid. infra, epígrafe 4.2.*

⁵⁰ Se ha utilizado la terminología utilizada en la edición bilingüe polaco-inglesa del Código de Sociedades Comerciales, *Polish Commercial Companies Code..., cit., traducido por MICHALOWSKA, K.*

⁵¹ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 13 y MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit.*, pág. XVI.

⁵² A este respecto, cabe señalar que el CSC contempla en su artículo 13 el régimen aplicable a la sociedad en formación estableciendo que tanto la sociedad en formación como las personas que actúan en su nombre, serán responsables por las obligaciones de la sociedad en formación. Asimismo, “los socios responderán por las obligaciones de la compañía solidariamente con la sociedad en formación y los que actuaron en su nombre hasta el valor de la contribución no efectuada para financiar las acciones suscritas”.

⁵³ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 14.

⁵⁴ *Vid.* MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit.*, pág. XV.

⁵⁵ MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit.*, pág. XIV. El artículo 88 CSC enumera el tipo de actividades que pueden constituir el objeto de estas sociedades.

⁵⁶ Este régimen se encuentra en el artículo 95 CSC que establece que: “el socio de una sociedad profesional no será responsable por las obligaciones de la sociedad que se conecten con la posición del resto de socios de la sociedad, o por las obligaciones de la sociedad que surjan por los actos u omisiones de personas empleadas por la sociedad bajo un contrato de trabajo u otra relación jurídica legal quienes hayan sido guiados por otros socios en la prestación de servicios conectados con el objeto de la sociedad”. Según OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 16, este régimen favorece la actividad económica y profesional

⁵⁷ Según datos de 30 de junio de 2003, en Polonia existían 482 sociedades profesionales (OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 16).

⁵⁸ Dato tomado de OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 15.

⁵⁹ Según señala OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, págs. 5, 16 y 17, con fecha de 30 de junio de 2003 se han creado 17 sociedades comanditarias por acciones.

⁶⁰ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, p 17. OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, p 17.

⁶¹ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 17.

⁶² *Vid.* MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit.*, pág. XVII.

⁶³ *Vid.* MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks..., cit.*, pág. XVII.

⁶⁴ Datos tomados de OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 19.

⁶⁵ La Sociedad anónima puede girar en el tráfico usando la abreviatura S.A. coincidiendo en ello con la Sociedad anónima española (artículo 305 CSC).

⁶⁶ El artículo 351 CSC relativo a las acciones privilegiadas establece lo siguiente en su párrafo segundo: “Tales privilegios referidos en el párrafo primero pueden referirse en particular al derecho de voto, el derecho a dividendos o participar en la cuota de liquidación en caso de liquidación de la compañía. Tales privilegios en relación con el derecho de voto no se aplicarán en caso de una sociedad cotizada.”

⁶⁷ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law, cit.*, pág. 25, concretamente señalan como ejemplo la posibilidad de conferir el derecho de veto de determinados accionistas contra ciertos acuerdos de la Junta como la que se refiriera a una fusión. Igualmente se plantea esta cuestión en REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance. Board structures and director's duties in 26 jurisdictions worldwide*, *Global Competition Review*, 2004, págs.106-111, pág. 107.

⁶⁸ OKOLSKI, J., GASINSKI, L. L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 28.

⁶⁹ Una independencia que en el caso de la sociedad anónima se ha querido intensificar mediante la previsión contenida en el Código de Buenas Prácticas según la cual todos los miembros del Consejo de Vigilancia deben ser independientes, cuestión a la que nos referiremos posteriormente en el epígrafe 4.1. dedicado a las normas sobre *Corporate Governance*.

⁷⁰ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, págs. 31 y 32.

⁷¹ REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, págs. 107 y 108.

⁷² OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 23.

⁷³ Como señalan OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 24, el sistema de votación por grupos puede provocar un cambio de control de la sociedad ya que en el mismo no se tienen en cuenta ni los privilegios asignados a las acciones ni las limitaciones al derecho de voto (por ejemplo límite al número máximo de votos que puede emitir un accionista como medida antiopa) sino que se tiene en cuenta el volumen de capital representado por los accionistas.

⁷⁴ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 36 y REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág. 108. OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 36 y REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág. 108.

⁷⁵ REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág. 108.

⁷⁶ *Vid.*, sobre esta norma, OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 25.

⁷⁷ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law., cit.*, pág. 21.

⁷⁸ STEMPLOWSKA, M., *Changes to the Commercial Companies Code still in the Pipeline, The Corporate Charter*, Warsaw, segundo cuatrimestre de 2003, pág. 7, señala cómo anteriormente el valor de la acción era de 1 zloty y el de la participación de 500 zlotys, con lo cual puede advertirse la reducción notable del valor nominal que han tenido ambos títulos tras la reforma del CSC. STEMPLOWSKA, M., *Changes to the Commercial Companies Code still in the Pipeline, The Corporate Charter*, Warsaw, segundo cuatrimestre de 2003, pág. 7, señala cómo anteriormente el valor de la acción era de 1 zloty y el de la participación de 500 zlotys, con lo cual puede advertirse la reducción notable del valor nominal que han tenido ambos títulos tras la reforma del CSC.

⁷⁹ Un groz constituye la centésima parte de un zloty (0.01 zt.).

⁸⁰ El contenido de ese derecho de control del socio de la SRL se recoge en el artículo 212 en el que se establece lo siguiente: "Derecho de control del socio. §1.EL derecho de control será disfrutado por cada socio. Para este fin, un socio o el socio junto con una persona a la que él autorice, puede en cualquier momento inspeccionar los libros y documentos de la compañía, disponer de una copia del balance para su uso, o requerir las explicaciones de los administradores. §2. Los administradores pueden rechazar el dar explicaciones al socio o enseñar los libros de la compañía si existe justificada inquietud sobre una utilización por parte del socio contraria a los intereses de la compañía, de la cual puedan resultar daños para la misma. §3. En este caso el socio puede pedir que la cuestión se resuelva mediante decisión de los socios. La solución será adoptada dentro del mes siguiente al día en que esa

petición es hecha. §4. El socio al que se le ha denegado el derecho a obtener explicaciones de los administradores y consultar los documentos de la compañía, puede reclamar ante el juez que se permita el ejercicio de su derecho a recibir explicaciones y consultar los documentos y libros de la compañía para su inspección. La demanda debe presentarse en los 7 días siguientes al recibo de la notificación concerniente al acuerdo de los socios o del final del tiempo referido en el párrafo 3º, si la decisión de los socios no ha sido adoptada durante ese límite de tiempo.

⁸¹ *Vid.*, al respecto, PETERSEN, J., *How do management contracts work?, The Corporate Charter*, Warsaw, segundo cuatrimestre 2003, págs. 4-6, pág. 6 y OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law*, *cit.*, pág. 21.

⁸² OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law*, *cit.*, pág. 18 y MICHALOWSKA, K., *Introduction to the Kodeks...*, *cit.*, pág. XV.

⁸³ OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law*, *cit.*, págs. 18 y 26 y REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág. 108.

⁸⁴ Sobre las normas de *Corporate Governance* en Polonia, en general, y acerca del Código de Buenas Prácticas de 2002, en particular, *vid.* REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, págs.106-111.

⁸⁵ Así, OKOLSKI, J., GASINSKI, L., y NOWACKI, A., *Commercial Law*, *cit.*, págs. 55 y 56 y REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág.109.

⁸⁶ REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág.109.

⁸⁷ REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág.109.

⁸⁸ REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág.110

⁸⁹ Hemos seguido la relación de normas sobre *Corporate Governance* expuesta en REWALD, R., GASINSKI, L., y BAKOWSKI, I., *Poland, Chapter 20*, en AA.VV., *Corporate Governance...*, *cit.*, pág.106. Por otra parte, una versión en inglés de las normas de admisión a cotización de la Bolsa de Valores de Varsovia (*Warsaw Stock Exchange Rules*) está accesible en la página web de aquella .

⁹⁰ *Vid.* al respecto, BAKOWSKI, I., y GASINSKI, L., *Rules of Corporate Governance adopted by the WSE*, en *The Corporate Charter*, Warsaw, noviembre-diciembre, 2002, págs. 6 y 7, pág. 7.

⁹¹ GASINSKI, L., y BODNAR, A., *Civil Code Breakthrough Revision, The Corporate Charter*, Warsaw, segundo cuatrimestre de 2003, págs. 8-11, pág. 8 y MODRAS, A., *Amendments to the Civil Code, The Corporate Charter*, Warsaw, primer cuatrimestre de 2003, pág. 5.

⁹² GASINSKI, L., y BODNAR, A., *Civil Code ...*, *cit.*, pág. 11.

⁹³ *Vid.* JAGIELSKA, M., *Product liability*, en AA.VV., *Conference Proceedings...*, *cit.*, pág. 65.

⁹⁴ CHRZANOWSKI, A., *Tougher Public Securities Trading Rules on the Way, The Corporate Charter*, Warsaw, segundo cuatrimestre de 20003, págs. 2 y 3.

⁹⁵ Así, OKOLSKI, J., GASINSKI, L., NOWACKI, A., *Commercial Law*, *cit.*, págs. 56-58.

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero.- La Consejera de Obras Públicas, mediante comunicación datada a 8 de mayo pasado, ha cursado requerimiento a este órgano consultivo instando la emisión de dictamen preceptivo en relación con la posible interposición por el Consejo de Gobierno de un recurso de inconstitucionalidad contra lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; todo ello de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 54.5 y 51.2 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

La aludida petición de dictamen aparece únicamente acompañada de un informe emitido por el Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades sobre la posible inconstitucionalidad de la norma señalada, en el que se recogen las siguientes argumentaciones a favor de la interposición del recurso mencionado:

El artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 5/1982, reguladora del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en consonancia con su Preámbulo, da nueva redacción a su artículo 17 estableciendo que: *“se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de agua de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”*.

Señala al efecto el Letrado informante que el citado precepto, incardinado dentro del Título II del Estatuto, relativo a los derechos de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, no es una norma atributiva de competencias de la Generalitat, pues esta materia se halla regulada más adelante, estableciendo el artículo 55 de la misma Ley Orgánica 1/2006 la atribución a aquélla de la competencia exclusiva sobre *“aprovechamien-*

tos hidráulicos, canales y riegos, cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de la Comunitat Valenciana”, de suerte que la Comunidad Valenciana carece de competencia normativa para hacer efectivo el derecho de redistribución de recursos hídricos antedicho.

A partir de estas consideraciones, argumenta el informante que: *“lo que establece dicho artículo es un derecho a desarrollar mediante ley estatal, lo que nos lleva a la cuestión de que el legislador orgánico –y no el legislador orgánico ‘ordinario’, sino el autor de una norma que integra el ‘bloque de la constitucionalidad’- aboca con este precepto a que las Cortes Generales legislen en materia de aguas teniendo presente que los valencianos tienen derecho a los ‘sobrantes de agua de cuencas excedentarias’. Aunque la definición de lo que se haya de entender por ‘cuenca excedentaria’ y ‘sobrantes de agua’ sea competencia del Estado, la Generalitat podría, amparándose en el precepto que examinamos, impugnar una norma estatal sobre aguas que, a su juicio, vulnerase el derecho reconocido a sus ciudadanos en un precepto que forma parte del ‘bloque de la constitucionalidad’. [] Este auténtico privilegio pugna con el principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución y garantizado, en lo que se refiere a las relaciones entre las diversas partes del territorio español, por el artículo 138, en la medida en que cualquier eventual regulación sobre los ‘sobrantes de agua’ debería acometerse por el Estado sin el condicionante ya impuesto por el artículo 17 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”.*

Segundo.- Con posterioridad, con fecha 9 de mayo posterior, la Consejera de Obras Públicas consultante ha efectuado un nuevo envío de documentación complementaria en relación con la solicitud de dictamen cursada el día anterior, remitiendo al efecto un informe-propuesta redactado el 8 de mayo de 2006 por el Director General del Agua de dicha Consejería que, en consonancia con el informe del Gabinete Jurídico precitado, contiene la siguiente motivación a favor de la interposición del recurso de inconstitucionalidad mencionado: *“Puesto que no se indica en el citado artículo 20 que las cuencas sean internas, cuestión ésta además impensable ya que todas ellas son deficitarias, se considera que la nueva redacción dada al artículo 17. 1 del Estatuto por el mencionado artículo de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, consagra un derecho exclusivo para los ciudadanos de la Comunidad Valenciana que condiciona y limita*

la competencia estatal en materia de aguas, en perjuicio, incluso, de los ciudadanos de otras comunidades autónomas. [] Todo ello vulnera el principio de solidaridad recogido en el artículo 2 y 138 de la Constitución en cuanto supone un privilegio frente a otros ciudadanos e infringe, así mismo, los artículos 147.2 y 148.1.10ª del citado texto constitucional, al excederse de las competencias asumibles por un estatuto autonómico.”

Concluye el referido documento formulando propuesta de interposición del recurso de inconstitucionalidad mencionado.

En tal estado de tramitación dispuso V.E. la remisión del expediente a este Consejo, en el que tuvo entrada el día 11 de mayo de 2006.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

El artículo 54.5 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que este último órgano deberá ser consultado en relación con los “*Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional*”.

Con anterioridad, el artículo 52 de dicha Ley contiene una determinación atinente al momento de petición del dictamen en esta modalidad específica de consulta, estableciendo que en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencias “*podrá solicitarse el dictamen de modo simultáneo a que sean adoptados los acuerdos de interposición o de requerimiento*”. En el supuesto objeto de dictamen, su solicitud por la Consejera de Obras Públicas se ha efectuado con carácter previo a la adopción del posible acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, concretándose en la comunicación de consulta que el eventual recurso se dirigiría contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se modifica y da nueva redacción al artículo 17 del citado cuerpo legal orgánico y estatutario.

Procede, en consecuencia, emitir el presente dictamen con el carácter preceptivo que impone el mencionado artículo 54.5 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre.

II

Al ser el objeto del presente dictamen ponderar la procedencia de un posible recurso de inconstitucionalidad contra un determinado artículo de una Ley orgánica estatal –como ha quedado dicho, conformadora del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana-, conviene previamente analizar si concurren los fundamentos jurídico-procesales que habilitarían a la Comunidad Autónoma, bien a las Cortes Regionales o bien al Consejo de Gobierno, para interponer dicho recurso.

Por lo que se refiere a la legitimación para su interposición, dispone el artículo 162.1.a) de la Constitución que están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad *“los órganos colegiados de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”*. En consonancia con ello, el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que *“para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto”*. De tal forma, y con arreglo a lo también previsto en los artículos 9.1.i) y 18 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, se hallan legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad en la Comunidad Autónoma, tanto las Cortes de Castilla-La Mancha como su Consejo de Gobierno.

Sentada pues la legitimación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para interponer recurso de inconstitucionalidad contra una ley estatal, sin distinción de rango, debe tenerse presente que la misma le permite invocar cualquier causa de inconstitucionalidad en la que haya podido incurrir la disposición de que se trata. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, según la cual el término *“que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”* invocado en el ya aludido artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no puede ser interpretado de forma restrictiva, sino a favor del reconocimiento de la legitimación, de tal forma que *“la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitado a la defensa de sus competencias si esta expresión se entiende en su sentido habi-*

tual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro.” (Fundamento Jurídico 1º). Esta doctrina ha sido aplicada en otros posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional -entre otras, Sentencias 63/1986, de 21 de mayo; 26/1987, de 27 de febrero y 74/1987, de 25 de mayo, o 199/1987, de 16 de diciembre, y más recientemente en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo-, en las que se completa la argumentación anterior señalando que *“la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico, y en este sentido, [...] se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual a su vez no puede ser interpretado restrictivamente”* (Fundamento Jurídico 1º).

Pues bien, partiendo de este marco de flexibilidad que la doctrina del Tribunal Constitucional ha configurado, en el presente supuesto ninguna duda se suscita sobre a la afectación no sólo genérica, sino concreta, que la norma cuestionada tiene con el elenco de competencias e intereses que ha de ejercer y tutelar la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Basta poner de manifiesto, en tal sentido, la proyección de la norma cuestionada sobre las competencias estatutarias relativas a la de ordenación de recursos hídricos que discurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma –plasmada en el artículo 31.1.8ª del Estatuto de Autonomía-, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, –enunciada en el artículo 31.1.2ª-, pesca fluvial –artículo 31.1.10ª-, agricultura y ganadería –artículo 31.1.6ª-, protección del Medio Ambiente –artículo 32.7- y otras varias, en la medida en que toda determinación que afecte o condicione el uso de las aguas pertenecientes a cuencas fluviales internas o a cuencas intercomunitarias que discurran parcialmente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, tiene una visible incidencia en el ejercicio de aquellas competencias mediatizadas por la mayor o menor disponibilidad de recursos hídricos y una perceptible trascendencia en las potencialidades de la Región para la ordenación de actividades y la generación de riqueza en una gran pluralidad de sectores económicos o productivos que se tomen en consideración.

Por tanto, atendiendo al conjunto de competencias antes aludidas, resulta advertible la existencia de un punto de conexión material suficiente, a que alude el Tribunal Constitucional, entre los numerosos ámbitos competenciales autonómicos aludidos y el precepto de controvertida constitucionalidad.

Por lo que respecta al plazo para la interposición del recurso, establece el párrafo primero del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según la redacción otorgada por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, que el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley que se pretenda impugnar. Se contempla también en dicho precepto la posibilidad de interponer el recurso en el plazo de nueve meses cuando se cumplan los siguientes requisitos: que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma; que en el seno de dicha Comisión se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo; y que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los citados órganos dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, y se inserte en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

No hay constancia alguna en el expediente remitido para consulta de que se haya dado cumplimiento a ninguno de los requisitos antedichos, por lo que habrá que atenerse al plazo general de tres meses que regula dicho artículo 33. Así, publicada la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, en el Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 2006, cabe formular recurso de inconstitucionalidad frente a los preceptos de la misma mediante la presentación de la oportuna demanda antes del próximo 11 de julio de 2006.

A los presupuestos ya descritos, ha de añadirse la preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, según lo impuesto por el artículo 54.5 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, la cual ha tenido lugar mediante escrito de la Consejera de Obras Públicas de fecha 8 de mayo, y a cuyo respecto conviene advertir que dicho trámite de consulta constituye, por expresa previsión legal, un auténtico requisito procesal para la legítima

conformación de la voluntad del Gobierno o de las Cortes Regionales, previo asesoramiento del superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

III

Procede a continuación, antes de abordar el análisis de la materia afectada de posible vicio de inconstitucionalidad, hacer una previa exposición dirigida a determinar con precisión el objeto concreto de la consulta y el sentido y verdadero alcance de la medida legislativa cuya constitucionalidad aparece cuestionada.

A tal efecto, aunque el escrito de la Excma. Sra. Consejera de Obras Públicas en que plantea la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad y se insta el preceptivo dictamen de este Consejo, se contiene una mera referencia al artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, los informes acompañados al efecto, emitidos por el Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades y por el Director General del Agua, vienen a concretar el ámbito de la consulta en los siguientes términos:

El artículo 20 de la citada Ley Orgánica, por la que se da nueva redacción al artículo 17 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en consonancia con lo previamente apuntado en el Preámbulo de la misma establece: *“1.- Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. [] Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley.”*

En los informes antedichos se centra el objeto del posible recurso en la oposición al proclamado *“derecho de redistribución”* de recursos hídricos con argumentos básicamente coincidentes, señalando que la Comunidad Valenciana carece de competencia normativa para hacer efectivo el derecho de redistribución de recursos hídricos citado, al incidir

sobre un ámbito competencial propio y exclusivo del Estado que se vería limitado por la salvaguarda de dicho derecho, así como que su plasmación material comportaría un privilegio para los ciudadanos valencianos que entraría en colisión con el principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución y garantizado, en lo que se refiere a las relaciones entre las diversas partes del territorio español, por el artículo 138, en la medida en que cualquier eventual regulación sobre los sobrantes de agua debería acometerse por el Estado sin el condicionante ya impuesto por el artículo 17 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

IV

Expuesto el sentido y la trascendencia de la determinación legislativa cuestionada, procede avanzar en el examen de los motivos de inconstitucionalidad invocados por la autoridad consultante, exponiendo primeramente el marco normativo y la doctrina constitucional concerniente al mismo en que ha de situarse la cuestión objeto de consulta.

En relación con el uso y la gestión de los recursos y aprovechamientos hídricos, la Constitución Española en su artículo 148 sólo introduce una referencia a dicha materia dentro del listado de las áreas competenciales dejadas al alcance de las Comunidades Autónomas, al recoger en su apartado 1.10ª la competencia correspondiente a *“los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.”* Por su parte, el artículo 149.1.22ª de la carta magna declara como competencia exclusiva del Estado *“la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma [...]”*.

Dentro del marco estatutario autonómico de Castilla-La Mancha la asunción de competencias en materia de gestión de recursos y aprovechamientos hidráulicos no proviene del Estatuto originario, sino que es a partir de la versión revisada por medio de la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo –que hizo efectiva la reforma del mapa autonómico operada a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución por el cauce previsto en el artículo 150.2 del propio texto constitucional-, cuando la Comunidad

Autónoma de Castilla-La Mancha incorpora en su norma estatutaria la competencia exclusiva en materia de *“ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”*, que hoy está localizada en su artículo 31. 1. 8ª.

Aunque asentada sobre una realidad jurídica que ya no es plenamente coincidente con la actual, en tanto que las normas conformadoras del bloque de la constitucionalidad han sufrido variaciones desde aquella época –como la introducida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha citada con anterioridad-, la principal exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al complejo sistema de reparto de competencias y facultades ligadas a la gestión y aprovechamiento de las aguas fluviales y subterráneas se encuentra en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en la que el máximo intérprete de la Constitución hubo de analizar y pronunciarse sobre una amplia lista de motivos de inconstitucionalidad planteados por varias Comunidades Autónomas contra diversos preceptos de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Del extenso aporte doctrinal proporcionado por dicha Sentencia, que aborda multiplicidad de cuestiones planteadas en recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencia suscitados contra aquella Ley, es posible extraer varias notas básicas que conviene traer a consideración para ilustrar la materia sobre la que ha de descansar la argumentación de este Consejo respecto a la procedencia y viabilidad del citado recurso de inconstitucionalidad o las expectativas que genera su interposición.

En primer lugar, según se infiere de lo expresado en el fundamento jurídico 13 de dicha Sentencia, procede significar que las Comunidades Autónomas que se habían constituido por el procedimiento del artículo 143 de la Constitución no podían haber asumido competencias en aquel momento más que dentro del marco previsto en el artículo 148 de la misma, salvo que se hubiera ampliado su ámbito competencial por la vía del artículo 150 –como luego sucedió-, de suerte que resulta preciso acudir a las respectivas normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación de competencias producido en cada caso, pues no todos los Estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de

aguas, si bien el límite sustantivo de las competencias autonómicas en dicha materia viene constituido por la reserva exclusiva al Estado enunciada en el citado artículo 149.1.22ª de la Constitución relativa a las aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma.

De otro lado, en el fundamento jurídico 15 de la citada Sentencia, se contiene una de las piezas capitales de la doctrina constitucional sobre la distribución de competencias en materia aguas, al consagrar el Alto Tribunal en la interpretación del concepto “*aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma*” el principio de “*unidad de cuenca*”, frente a las tesis de alguno de los impugnantes que abogaban por el criterio del “*curso fluvial concreto*”. Ante dicha alternativa el Tribunal Constitucional clarifica nítidamente la cuestión afirmando: “*no puede entenderse que el criterio de delimitación territorial utilizado por el legislador sea contrario a lo dispuesto en el art. 149.1.22.ª de la Constitución y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía. La expresión «aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma» es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios.[...] El criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios. Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea [...]. Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia. No es ocioso recordar a este respecto los principios que se incluyen en la Carta Europea del Agua, aprobada en 1967 [...] y, en concreto, que «la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras admi-*

nistrativas y políticas» (punto 11). La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión, [...] cuando la Constitución utiliza la expresión «aguas que discurren», no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Antes bien, es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la norma constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas traspasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma. A ello no se opone el hecho de que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir implícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios. Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía [...] atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurren «íntegramente» por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría superfluo”.

Por último, otra de las consideraciones primordiales que cabe extraer de la doctrina plasmada en la citada sentencia es el singular entrecruzamiento de competencias y la yuxtaposición de intereses que inciden sobre un mismo recurso natural, el agua, erigido por su escasez en pieza básica de una diversidad de políticas cuya programación y ejecución puede quedar residenciada en las Comunidades Autónomas y que precisa de una planificación coordinada que atienda a tan compleja concurrencia de intereses. Así lo pone también de manifiesto el Tribunal Constitucional a lo largo de la amplia Sentencia significando: “los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas:

Concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros” (FJ 13). En consecuencia, cobra una singular importancia la actividad de planificación, con proyección dentro del ámbito de las competencias estatales en materia económica, señalando al efecto el Alto Tribunal: “Con arreglo a lo dispuesto en el art. 149.1.13ª de la constitución en materia de planificación de la actividad económica, la coordinación es competencia del Estado, lo que permite entender, [...] que en este caso el acto de aprobación que contempla el artículo 38.6 de la Ley de Aguas es materialmente una actividad de coordinación, ya que a través del mismo se integran en un solo sistema ordenado las acciones emprendidas por diversas entidades y órganos, de suerte que es la determinación definitiva y unitaria del plan lo que posibilita la acción homogénea de todos ellos en relación con el mismo recurso”, continuando la Sentencia más adelante: “La proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías [...]. Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho a la coordinación entre las Administraciones implicadas [...] que corresponde al Estado en la medida en que resulten afectados los objetivos de planificación económica”.

Dicho lo anterior sobre los aspectos más destacados de la jurisprudencia constitucional recaída en la materia, conviene también poner de relieve que su aplicación en el ámbito geográfico sobre el que planean los conflictos materiales vinculados al recurso de inconstitucionalidad en estudio, ha manifestado ciertas disfuncionalidades causadas por la inadaptación de las estructuras administrativas existentes a la nueva realidad surgida del diseño competencial dimanante de la Constitución. Prueba de ello ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 (Ar. RJ 2004,8004), por la que fueron anulados parcialmente los Reales Decretos 1664/1998, de 24 de julio, y 650/1987, de 29 de noviembre, relativos a la aprobación del Plan Hidrológico del Júcar y la definición de su ámbito territorial, a causa de la inclusión en los mismos de cuencas intracomunitarias –o internas- que discurren íntegramente por la Comunidad Valenciana y sobre las cuales, a tenor de lo señalado por el Tribunal Supremo, la competencia para la elaboración del correspon-

diente instrumento de planificación corresponde a dicha Comunidad, sin perjuicio de la del Estado para su aprobación última, ponderando éste que no afecten al contenido de otras cuencas y su acomodo a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional.

Así mismo, y como se indica en dicha Sentencia, tanto la Comunidad Valenciana como la de Castilla-La Mancha, en relación con sus cuencas internas, *“tienen atribuida la competencia general sobre el régimen de utilización y aprovechamiento de las aguas que discurren por cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en sus respectivos territorios, y para el ejercicio de esta competencia no sólo les corresponden funciones de carácter ejecutivo o administrativo, sino también funciones legislativas; en concreto, a ellas corresponde «la facultad de elaborar y revisar los planes hidrológicos de esas cuencas (intracomunitarias)», y, como paso previo, la de determinar «el ámbito de cada Plan, y del procedimiento para su elaboración y revisión, pues no cabe calificar como aspectos básicos de la planificación económica la delimitación del ámbito especial de cada Plan Hidrológico y la regulación en detalle de su procedimiento de elaboración, una vez que la propia Ley reconoce la competencia autónoma sobre la materia»”.*

En todo caso, resulta especialmente apropiada la cita de la Sentencia aludida para poner de manifiesto la compleja realidad geográfica ínsita dentro del ámbito de actuación de la denominada Confederación Hidrográfica del Júcar, que acoge en su seno, además de cinco cuencas intercomunitarias –las de los ríos Cenia, Mijares, Turia, Júcar y Vinalopó–, una cuenca intracomunitaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha –la cuenca endorréica de Pozohondo– y las cuencas internas valencianas de los ríos *“Valviquera, Cérvol, Barranco de Agua Oliva, Cervera, Alcalá, San Miguel, Seco, Veo, Belcaire, Palancia, barrancos del Carraixet y Poyo, Serpis, Jaraco, Beniopa, Girona, Gorgos, Algar, Amadorio, Monnegre, Rambla de Rambuchar, así como la totalidad de las cuencas litorales comprendidas entre la margen izquierda del río Cenia (extremo norte) y la divisoria con la Confederación Hidrográfica del Segura (extremo sur).”*

Este último extremo habrá de tenerse muy presente al analizar seguidamente la eventual efectividad del recurso examinado, ponderando la dispar virtualidad de las distintas argumentaciones que se empleen, en

función de la incidencia de las competencias exclusivas sobre los aprovechamientos hidráulicos de las cuencas internas de la Comunidad Valenciana que enuncia el artículo 49.1.16ª del nuevo Estatuto de dicha Comunidad Autónoma –artículo 55 de la citada Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril-.

V

Expuesto ya el alcance de la controvertida modificación legislativa y el marco normativo y doctrinal en el que ha de moverse el análisis de constitucionalidad de la misma, procede abordar el examen de los eventuales motivos de inconstitucionalidad concurrentes, recordando para ello que del artículo cuestionado –el 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que da nueva redacción al artículo 17 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana- el precepto que plantea dudas de constitucionalidad es el que contiene la declaración del derecho de los ciudadanos valencianos *“a la redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”*.

La lectura del mismo pone de manifiesto de manera inmediata que su tenor se abre a una amplia diversidad de interpretaciones por causa de la ambigüedad e indeterminación jurídica de varios de los términos empleados en su construcción, tales como: *“sobrantes de aguas”*, *“cuencas excedentarias”*, *“criterios de sostenibilidad”* o *“de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”*, quedando también sin precisar a qué tipo de cuencas pretende hacerse extensiva la citada afectación de las aguas. De tal manera, será el alcance concreto que puedan llegar a tomar tales conceptos y expresiones el que determine si el derecho controvertido adquiere alguna virtualidad práctica con mayor o menor incidencia sobre los intereses y competencias de esta Comunidad Autónoma, situándose al interprete de la norma en una posición rayana en la inseguridad jurídica.

De otro lado, por su etérea forma de definición, la controvertida prerrogativa de disfrute de aguas excedentarias, sin distinción de procedencia, se configura como un derecho insustancial, de contenido inaprensible, que se corresponde más bien con una aspiración programática o con un principio rector de la actividad de los poderes públicos de índole económico-social.

Sin embargo, no cabe desconocer que el citado precepto tiene un claro carácter normativo, visiblemente perjudicial para los intereses de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, con nítida potencialidad como germen de futuras discordias interterritoriales, y afectado de posibles vicios de inconstitucionalidad por las razones que se pasan a exponer:

1ª.- Proclamado como tal derecho, sin una referencia limitativa a las cuencas internas valencianas, sobre las que la Comunidad Valenciana ostenta facultades de decisión, su eventual operatividad –por aplicación del principio hermenéutico *«ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus»*– tiene una inequívoca proyección sobre los recursos hídricos de las cuencas intercomunitarias, cuya gestión es de titularidad estatal, ex artículo 149.1.22ª de la Constitución, manifestándose como una pretensión de disposición o condicionamiento de tales recursos ajena a la esfera competencial de la Comunidad Valenciana, e intrínsecamente ligada al ejercicio de competencias estatales. Por tanto, el precepto analizado, por suponer una ingerencia en ese ámbito competencial estatal, podría ser contrario al orden constitucional de distribución de competencias derivado de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, incluyendo dentro de éstas las disposiciones atributivas de competencias del propio Estatuto de la Comunidad Valenciana recientemente aprobado.

Esta asignación competencial exclusiva en favor del Estado sobre las cuencas fluviales que exceden del ámbito geográfico de una sola Comunidad Autónoma parece además la única coherente para hacer efectivos los principios de solidaridad colectiva en el uso racional de los recursos naturales, formulado en el artículo 45 de la Constitución, y en conexión con el mismo, el de solidaridad interterritorial para alcanzar el equilibrio económico entre las diversas partes del Estado, enunciado en el artículo 138.1 del texto constitucional.

2ª.- En la peor de las interpretaciones posibles para los intereses de Castilla-La Mancha puede llegar a entenderse que el precepto proclama un derecho preferente al disfrute de los excedentes hídricos de cuencas fluviales que discurren por nuestra Región –o por otras Comunidades Autónomas– del que sólo sean titulares los ciudadanos de la Comunidad Valenciana; derecho subjetivo de carácter personal que prescinde del criterio material de territorialidad del uso de las aguas inspirador de todo el

sistema de planificación y gestión de los recursos hídricos que, ignorando la vecindad de los potenciales usuarios, se asienta con toda lógica sobre la localización de los terrenos, establecimientos, viviendas o actividades susceptibles de beneficiarse de los caudales disponibles y en sus necesidades de abastecimiento, con abstracción de la identidad autonómica que corresponda a sus titulares.

Se trata, por tanto, de un privilegio personalista, ligado a la condición de valenciano, que deviene contrario a lo previsto en el artículo 138. 2 de la Constitución, en cuanto que veda la introducción en los Estatutos de Autonomía de *“privilegios económicos o sociales”*, e igualmente vulnerador del mandato de igualdad de todos los españoles en la tenencia de derechos y obligaciones a que hace referencia el artículo 139.1 de la Constitución.

3ª.- No remedia la inconstitucionalidad denunciada la medida introducida en la última fase de elaboración del precepto, en relación con la concordancia del cuestionado derecho con lo dispuesto por la *“Constitución y la legislación estatal”*, atendida la naturaleza y carácter de la norma en que se encuadra el precepto: un Estatuto de Autonomía.

El Título VIII de la Constitución española, en consonancia con el resto del articulado que trata las fuentes del derecho, origina una configuración específica del contenido del tipo de norma denominado *“Estatuto de Autonomía”*. Éste tiene limitada su capacidad de relacionar o describir derechos que afecten a la generalidad del territorio nacional. Si se entendiese que los Estatutos de Autonomía pueden gozar de un contenido posible o adicional, complementario del descrito en el artículo 147.2 de la Constitución, surgiría la necesidad, en todo caso, de reiterar el imperativo constitucional de respetar la asignación territorial y competencial del sistema constitucional de fuentes.

Por todo ello, sólo es constitucionalmente admisible una lectura del precepto del Estatuto de Autonomía de Valencia que configure un derecho cuya exigencia comience y termine en su propio territorio, vinculando sólo al legislador valenciano, y no al estatal o al del resto de Comunidades Autónomas. Siempre que se entienda así, sería posible evitar la inconstitucionalidad encerrada en la extralimitación competencial y territorial.

Mas no siendo éste el tenor literal del precepto estatutario y en la medida que Castilla-La Mancha se puede ver afectada por una extensión de los efectos del artículo cuestionado, por la condición vecina de su territorio y, especialmente, por transcurrir por ella cauces de ríos que seguidamente pasan a Valencia, así como por la imposibilidad lógica de afirmar históricamente la existencia de cuencas excedentarias o la imprecisión de determinar cuándo existen sobrantes -para una tierra cuyo progreso se ha visto mermado, precisamente, por la falta de recursos hídricos- es por lo que parece procedente que se solicite un pronunciamiento del más alto intérprete de la Constitución sobre el sentido, finalidad y efectos del artículo 17 del Estatuto valenciano.

De otro lado, considerando la peculiar naturaleza del instrumento normativo que acoge la formulación del citado derecho, cabe significar, en apoyo de la interposición del recurso, que la doctrina califica los Estatutos de *“falsa ley orgánica”*, en el sentido de que formalmente son aprobados por una ley de esta naturaleza, pero materialmente son algo distinto. En efecto, los Estatutos de Autonomía son normas en las que coinciden dos voluntades -la del Estado y la de la Comunidad Autónoma correspondiente-, estando marcados por esta circunstancia desde su origen hasta su revisión.

También señala la doctrina que los Estatutos, desde un punto de vista sustantivo o material, son *“una norma complementaria de la Constitución”* como lo demuestra el artículo 147.1 de la misma, diciendo que *“dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma...”*. La distribución de las competencias autonómicas, en consecuencia, no se hace directamente por la Constitución sino por los Estatutos de Autonomía, si bien de acuerdo con aquélla va, en este caso, más allá de lo que el artículo 149.1.22ª de la Constitución permite. No pudiendo olvidarse que, desde un prisma formal o procedimental, los Estatutos se caracterizan por la rigidez del procedimiento para su modificación o revisión (artículo 81 y disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana). Así las cosas, los Estatutos, una vez aprobados, se convierten en una norma indisponible e intocable para el legislador estatal, quien no puede incidir en su contenido a través de una ley ordinaria, ni tampoco por medio de una ley orgánica no estatutaria (Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 2).

Por todo ello, aunque el artículo 20 de la indicada Ley Orgánica adolece de una gran vaguedad al hablar, sin más concreción, *“del derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias”* y establece la salvaguardia de que el mismo se haga efectivo *“de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”*, si se entiende –como procede- que tal precepto tiene un contenido normativo, la atribución futura que establece en favor de los valencianos de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias (del Júcar o del trasvase Tajo-Segura por lo que se refiere a esta Comunidad Autónoma) no podría ser objeto de alteración o modificación por ley del Estado, al estar afectada por una “reserva de Estatuto” que actuaría a modo de congelación de rango por esta norma específica.

La indicada indisponibilidad por el legislador estatal dota al contenido estatutario de una protección especial incluso frente a las propias leyes estatales, por lo que el tenor literal del artículo 17 del Estatuto valenciano vulneraría –como ya queda dicho más atrás- la competencia exclusiva del Estado contenida en el artículo 149.1.22ª de la Constitución.

Este Consejo considera, por último, que el Tribunal Constitucional, último intérprete de la constitucionalidad de las normas, podría dictar, en su día, una sentencia que, admitiendo todos o alguno de los indicados motivos de inconstitucionalidad, declarase la nulidad del precepto estatutario analizado y, en cualquier caso, hará una interpretación de su contenido acorde con el orden constitucional de competencias, lo que es muy conveniente en aras de la seguridad jurídica.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que en virtud a lo señalado en la Consideración V del presente dictamen puede estimarse inconstitucional el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 138. 2, 139 .1, 147 y 149. 1. 22ª de la Constitución, pudiendo fundarse con base en ello el correspondiente recurso de inconstitucionalidad”.

Toledo, 7 de junio de 2006

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA SANITARIA EN CASO DE CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS

Resulta de los **ANTECEDENTES**

Primero.- El expediente sometido a consulta tiene su inicio en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada al SESCAM el día 19 de noviembre 2004 por D^a. X, en la que insta el pago de una indemnización cifrada en 250.000 euros que le compense por la ceguera sobrevenida tras ser sometida una operación de artroplastia de cadera el día 20 de noviembre de 2003 en la Clínica R, a donde fue remitida por el SESCAM.

Refiere la interesada en apoyo de su pretensión que en el transcurso de la citada operación le fracturaron el fémur y que a los dos días experimentó una pérdida de visión súbita y casi completa en ambos ojos, que todavía sufre en la actualidad sin expectativas de curación. Informa de que ha sido examinada por los Servicios de Oftalmología de la propia clínica donde fue intervenida, del Hospital General de W y del Instituto Oftalmológico de W, habiéndose establecido el diagnóstico de *“neuropatía óptica isquémica anterior bilateral no arterítica”*. Imputa al servicio médico autor de la operación no haber recabado su historia clínica antes de la ejecución, llevándola a efecto sin conocer sus antecedentes de *“insuficiencia vascular de ambas carótidas”*, que se hallan relacionados con la lesión óptica acaecida, y sin adoptar las precauciones necesarias que hubieran evitado la ceguera producida.

Aporta la interesada junto a su reclamación un informe de 16 de septiembre de 2004 del Instituto Oftalmológico de W en el que se reseña la patología sufrida por la afectada, con constatación de una agudeza visual limitada de 0.01 en ojo derecho y 0.05 en ojo izquierdo.

Segundo.- Con fecha 17 de diciembre de 2004 el Jefe de Inspección Sanitaria de la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM de Albacete dirigió comunicación a la reclamante informándole de la fecha de entrada de su petición, así como de la tramitación aplicable a la misma conforme a las reglas previstas en el Real Decreto 429/1993, de

26 de marzo, del plazo señalado legalmente para su resolución –seis meses- y de los efectos desestimatorios derivados, en su caso, del silencio administrativo.

Tercero.- Seguidamente, a requerimiento de la Médica Inspectora designada como instructora del procedimiento, se incorpora al mismo abundante documentación conformadora de las historias clínicas de la paciente, así como diversos informes y comunicaciones relacionados con el hecho motivador de la reclamación, entre los que se encuentran:

a) Reclamaciones previas efectuadas por la hija de la interesada demandando asistencia sanitaria e información sobre las causas de lo acontecido, cursadas a 26 de noviembre de 2003 y 12 de mayo de 2004.

b) Comunicación dirigida al SESCAM a 2 de agosto de 2004 por el Director Médico de la sociedad Z, S.L., en el que se ofrecen las siguientes explicaciones sobre el incidente objeto de reclamación: *“1.- La causa de la lesión no está definida, aunque [...] puede ser debida a una Neuritis Óptica de posible origen isquémico [...] la presentación del problema oftalmológico que ha sufrido Dña. X era imprevisible, porque no estaba dando signo externo alguno y por tanto inútil a posteriori plantearse qué medidas se podían haber tomado [...]. [] 3.- Evidentemente, la paciente presentaba insuficiencia vascular de ambas carótidas, sin repercusión neurológica hasta ese momento, siendo la complicación más frecuente de esta patología la presentación de ACV isquémicos en territorio carótido, pero no en los oftalmológicos. Por todo ello, el que se hubiera solicitado la remisión del historial de la paciente al Hospital General en nada hubiera cambiando la situación, ni con respecto al preoperatorio ni en relación a la asistencia que desde la Clínica R se prestó a la paciente. [] 4. Por otra parte, al ser una enfermedad de origen incierto y con nulo tratamiento, a los pacientes se les realizan tratamientos que se piensa que podrían mejorar tal estado, por ejemplo el uso de corticoides, y tratar de mejorar los estados carenciales de los pacientes. En este caso se realizó una transfusión a la paciente como una posibilidad de ayuda a su situación, pensado que empíricamente tal vez pudiera mejorar el transporte de oxígeno hacia esos nervios ópticos dañados [...].”*

c) Posterior comunicación del Director Médico de la citada entidad Z, S.L., de fecha 25 de enero de 2005, referente a la reclamación de res-

ponsabilidad patrimonial formulada, en la que se significa: “[...] *la fractura de fémur al colocar la prótesis que ahora menciona la paciente, es un hecho posible de las intervenciones de cadera aunque por la infrecuencia de tal complicación no está incluida en el consentimiento informado, dado que en el mismo se contemplan aquellas complicaciones que son las más habituales, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Autonomía del Paciente [...].* [] *Por otra parte la paciente en el estudio preoperatorio previo no informó de tener complicaciones neurológicas producidas por su estenosis de carótida [...]. De hecho en la historia clínica consta que en ese estudio preoperatorio previo, a la pregunta ‘antecedentes personales y ACV previo’ la paciente contesta NO, olvidando mencionar que tuvo un episodio de Amaurosis que fue el que provocó el estudio de sus troncos supraaórticos [...].*[...] *en los estudios preoperatorios se precisa la colaboración del paciente para la realización de un análisis apropiado del caso y si sus respuestas no son exactas se produce una desinformación del médico actuante que puede repercutir en la asistencia que pueda prestársele.*”

Cuarto.- Obra en el expediente, a continuación, un informe emitido a 27 de julio de 2005 por la Médica Inspectora asignada al procedimiento, en el que se expresan las siguientes conclusiones: “[...] 2º. *La paciente presentaba como antecedentes personales, hipertensión arterial en tratamiento con captotril, dislipemia en tratamiento con bistacol, osteoporosis en tratamiento con calcitonina e ideos y arteriopatía carótida, diagnosticada en 1999 y en seguimiento por el Servicio de Cirugía Vascul ar [...] no habiendo presentado complicaciones neurológicas hasta el momento, y estando en tratamiento con disgren, tratamiento que fue suprimido 5 días antes de la intervención.* [] 3º. *La paciente a los 3 días de la intervención quirúrgica presenta una pérdida brusca de visión bilateral. Dicha patología ha sido estudiada por los Servicios de Oftalmología de la Clínica Z, S.L., del Instituto Oftalmológico de W y del Complejo Hospitalario Universitario de W [...].* [Este último, a 27 de agosto de 2004] *diagnostica a la paciente de Neuropatía óptica isquémica anterior bilateral [...]* *no existiendo posibilidades terapéuticas eficaces para la recuperación funcional del nervio óptico.* [] 4º. *La neuropatía óptica isquémica anterior (NOIA), se define como un infarto del nervio óptico [...]* *[y] es una de las principales causas de pérdida de visión entre las personas de 50 a 70 años. [...]* *La incidencia anual [...]* *se encuentra entre 2,3 y 10,2 por*

cada 100.000 pacientes mayores de 50 años [...],[...] es considerada una patología multifactorial en la cual se produce una interrupción del aporte sanguíneo a niveles de las arterias ciliares posteriores, las cuales irrigan el nervio óptico. [...]]. Factores predisponentes: [...] arterioesclerosis, enfermedad carotídea [...]. Factores precipitantes: [...] acción de hipotensores [...]. 5º. En el caso que nos ocupa la paciente tenía entre sus antecedentes personales, alguno de las que se presuponen como factores predisponentes, factores que no hay que olvidar son múltiples y muchos de ellos muy habituales en pacientes de más de 60 años, que son aquellos a los que se les interviene de recambios articulares, no constando en la historia clínica que la paciente sufriera en principio hipotensión arterial nocturna.”

Quinto.- Seguidamente, mediante comunicaciones de 29 de agosto de 2005, se otorgó trámite de audiencia a la reclamante y a la Dirección Gerencia de la sociedad médica implicada por espacio de 15 días.

En uso de dicho trámite, la representación de la referida sociedad médica ha presentado un escrito de alegaciones, en el que se indica que del informe de la Inspección Médica obrante en el procedimiento cabe concluir que el personal de la clínica donde se intervino a la reclamante de artroplastia actuó en todo momento de forma correcta.

También se han formulado alegaciones por parte de la reclamante, en las que se señala que las circunstancias evidenciadas por el expediente “*y el daño desproporcionado que sufro revelan [...] que no solo se faltó a lex artis en la intervención, sino que también hubo una falta del servicio: se me fracturó el fémur y por falta de transfusión y prevención se me produjo una papilitis que degeneró en ceguera.*”

Sexto.- Obra en el expediente, con posterioridad, un breve informe de la Médica Inspectora instructora del procedimiento, en el que a la vista de las alegaciones recibidas durante el trámite de audiencia, se reitera en las conclusiones expresadas en su anterior informe de 27 de julio.

Séptimo.- Únese al expediente, a continuación, una propuesta de resolución, suscrita a 14 de octubre de 2005 por el Secretario General del SESCAM, de signo contrario al reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, basada primordialmente en la consideración

de que no puede concretarse el origen de la lesión oftalmológica sufrida por la reclamante y, por tanto, que la misma derive de la actuación de los profesionales sanitarios. De otro lado, se afirma que la paciente fue suficientemente informada de los riesgos derivados del acto clínico y ha autorizado la realización del mismo, por lo que el daño acaecido carece de la nota de antijuridicidad.

Subsidiariamente se argumenta que la lesión objeto de reclamación habría sido causada, en su caso, por un centro sanitario concertado, debiendo tenerse en cuenta, como motivo adicional para desestimar la reclamación, lo previsto en el artículo 161 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que impone a los contratistas la obligación de indemnizar los daños causados a terceros, salvo cuando sean imputables a la Administración.

Octavo.- Finalmente, con fecha 9 de agosto de 2006 se emite informe por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades en relación con el expediente y propuesta de resolución analizados, en el que se propone la desestimación de la reclamación por considerar que el deber de indemnizar los daños invocados recaería, en su caso, sobre el contratista.

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 12 de septiembre de 2006.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

El procedimiento que motiva la solicitud de dictamen trae causa de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración planteada por D^a. X, en virtud de la cual interesa el pago de una indemnización reparadora de los perjuicios que asocia a la asistencia médica que le fue dispensada en la Clínica R, -actuando como centro sanitario concertado del SESCAM-, en donde fue intervenida quirúrgicamente el día 20 de noviembre de 2003 de artroplastia de cadera.

Las actuaciones integradoras del procedimiento se han conducido con sujeción a las reglas formales derivadas de lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y contempladas en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, regulador del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, en cuyo artículo 12.1 se establece al efecto: *“Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.”*

El artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando el importe de las mismas exceda de 601 euros. Consiguientemente, dado que los daños objeto de reclamación han sido cuantificados por la peticionaria en 250.000 euros, excediendo esta cantidad de la cifra a la que se anuda la obligatoriedad de la consulta, ha de conferirse al presente dictamen carácter preceptivo.

II

Las normas aplicables a los procedimientos tramitados como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas a la Administración se encuentran en el citado el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, disposición mediante la que se produjo el desarrollo reglamentario expresamente previsto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El artículo 6 del Real Decreto mencionado determina los requisitos de contenido que ha cumplir la reclamación o solicitud de indemnización que dé lugar a la instrucción del procedimiento, señalando que ésta deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en ella *“se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público,*

la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente te produjo". En tal sentido, la reclamación efectuada por la interesada en fecha 19 de noviembre de 2004 como petición de responsabilidad patrimonial de la Administración cumple suficientemente las exigencias materiales señaladas, existiendo constancia en el expediente, además, de otras actuaciones anteriores emprendidas por la hija de la afectada –de fecha 26 de noviembre de 2003 y 12 de mayo de 2004- en las que ya fueron planteadas demandas documentales, asistenciales o informativas en relación con el hecho lesivo que finalmente ha motivado la formulación de la reclamación.

Sin recaer acuerdo expreso de admisión a trámite de la reclamación y consiguiente inicio del procedimiento, se cursó acuse de recibo a la interesada, desarrollándose a continuación diversas actuaciones encuadrables en la fase de instrucción. Así mismo, y aunque pueda identificarse a la facultativa perteneciente en la Inspección Médica del SESCAM que ha asumido de facto las funciones de instructor, el expediente tampoco cuenta con un genuino acuerdo de designación al efecto. Esta irregularidad debe ser nuevamente puesta de manifiesto, habida cuenta que la figura del instructor, que es expresamente citada en los preceptos del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo –artículos 8, 9 o 11.3-, se halla dotada de relevantes facultades decisorias de general interés para el adecuado desarrollo del procedimiento, revistiendo singular importancia su correcta notificación a los interesados en orden a la formulación de posibles causas de recusación.

Con posterioridad fue incorporado al expediente el informe emitido por la citada Médica Inspectora, basado en la información extraída de las historias clínicas abiertas a la paciente en el centro concertado imputado y en el Complejo Hospitalario Universitario de W, así como en el contenido del informe emitido a la vista de la reclamación presentada por el director médico de la sociedad Z, S.L., titular de la clínica R. Estos documentos sirven conjuntamente al cumplimiento del trámite aludido en el artículo 10 del tan citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se establece: “[...] *el órgano competente para la instrucción del procedimiento podrá solicitar cuantos informes estime necesarios para resolver. En todo caso, se solicitará informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.*”

Tras ello, fue ofrecido, tanto a la reclamante como a la referida sociedad médica, el trámite de audiencia previsto en el artículo 11 del mismo Reglamento, por plazo suficientemente amplio, y con la indicación de contenido previsto en su apartado 1, párrafo segundo, en el que se señala que *“al notificar a los interesados la iniciación del trámite se les facilitará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento [...]”*.

Debe señalarse en este punto que, con posterioridad a la conclusión de dicha fase de audiencia, se ha integrado en el procedimiento un nuevo documento emitido por la Médica Inspectora interviniente, en el que, a la vista de las alegaciones realizadas por la reclamante y la representación de Z, S.L., se efectúa una mera remisión a las consideraciones formuladas previamente. Tal hecho aconseja señalar la improcedencia de que se incorporen nuevos informes al expediente con posterioridad a la culminación del trámite de audiencia, puesto que su realización debe producirse, como indica el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *“inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”*. Esta exigencia viene lógicamente impuesta por la necesidad de mantener un equilibrio dialéctico entre las partes, ya que de otro modo podría hurtarse al interesado el conocimiento de datos o argumentos de relieve que posteriormente sean utilizados para fundar la resolución que se adopte, en perjuicio de sus derechos y pretensiones, situando a aquél, por limitación de sus posibilidades de prueba o argumentación, en un plano de indefensión que pueda comportar la nulidad de las actuaciones. No obstante, dada la intrascendencia del referido documento, en cuanto que supone una simple reconducción a lo ya manifestado previamente, no cabe advertir efectos invalidantes en dicha incidencia.

Finalmente, una vez redactada la correspondiente propuesta de resolución, se ha recabado el dictamen del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, que viene a dar cumplimiento a la exigencia plasmada en el artículo 11.h) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre.

El expediente se halla completamente foliado y adecuadamente ordenado desde una perspectiva cronológica, lo que posibilita su normal examen y conocimiento.

Señalado todo lo anterior, cabe concluir afirmando que no se aprecian en el conjunto de actuaciones analizadas irregularidades esen-

ciales de las que puedan derivarse efectos invalidantes para lo actuado, por lo que procede pasar a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente.

III

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual *“los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya*

producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.” –Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004,83545, FJ 2º) o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989,1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *“al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado [hoy, 139 de la Ley 30/1992], pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad”* -Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998,6836) o de 28 de noviembre de 1.998 (Ar. RJ 1998,9967)-.

Ahora bien, aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva, ésta también nos señala que ello no convierte a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas o que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta

como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los administrados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es ésta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del "*onus probandi*" dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando ésta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción –v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999,4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000,4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4. 2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplia creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación –así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987,426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994,4783)-. Sin embargo, dicha tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización –Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001,10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000,6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999,4911)-. Este planteamiento conduce en cada supuesto al examen de las circunstancias concretas concurrentes y a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: *“Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización [...]”*.

IV

Prosiguiendo con el estudio de las legitimaciones activa y pasiva inherentes a la reclamación formulada, ha de señalarse en relación con la primera que ésta aparece innegable al plantearse la solicitud de indemnización como medio de reparación de unos perjuicios derivados de lesiones físicas claramente discapacitantes padecidas por la propia reclamante.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración imputada, cabe afirmar primeramente, y con carácter general, que el deber de indemnizar puede recaer sobre cualquier entidad pública a la que se pueda atribuir la producción de un daño, incluyendo entre ellas las Administraciones de las Comunidades Autónomas -artículos 2.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo-, y requiere, objetivamente, una actuación en el contorno de la prestación normal o anormal de los servicios públicos.

El supuesto examinado se incardina dentro del grupo de los derivados de reclamaciones dirigidas contra actuaciones ejecutadas por contratistas o concesionarios de la Administración, puesto que la actuación médica cuestionada fue llevada a cabo en las instalaciones y por el personal médico de la Clínica R, centro médico privado dependiente de la entidad Z, S.L., en donde se intervino a la afectada merced al concierto sanitario suscrito entre el SESCOAM y la entidad titular de dicho establecimiento sanitario. Se integra, por ello, en el caso específico de los procedimientos motivados por reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas contra actuaciones realizadas en centros sanitarios concertados con cualesquiera entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, para los que la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –añadida a la misma por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero-, establece que observarán la tramitación administrativa prevista en dicho cuerpo legal, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, en todo caso.

Este Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre supuestos similares al ahora analizado, admitiendo la legitimación pasiva de la Administración Autonómica cuando se entabla reclamación de responsabilidad por actos médicos ejecutados en clínicas u hospitales concertados –véanse dictámenes 49/2003, de 24 de abril; 117/2003, de 1 de octubre; 119/2004, de 6 de octubre; 155/2004, de 1 de diciembre; 172/2004, de 28 de diciembre, o más recientemente 48/2006, de 22 de marzo-. En ellos se acepta la referida legitimación con base en la existencia de una previa derivación del paciente desde un centro o servicio sanitario de la Administración y atendiendo primordialmente a la incidencia deducible de las determinaciones de índole formal establecidas en la precitada disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviem-

bre. En sintonía con esta posición cabe referirse nuevamente a la línea seguida por el Consejo de Estado en varios de sus dictámenes –por ejemplo: 1115/2003, de 5 de junio; 3345/2003, de 20 de noviembre, o 85/2002, de 31 de enero-, en el último de los cuales se afirma expresamente que *“el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado [...] no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos.”*

Parece, sin embargo, que la tesis sostenida por este Consejo al respecto no viene siendo compartida ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, que propugna en sus dictámenes la desestimación de las reclamaciones con base en lo previsto en el artículo 161 c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ni por el propio órgano resolutorio del SESCAM, pues como se ve –a modo de ejemplo- en la resolución que puso fin al expediente objeto del dictamen 119/2004, de 6 de octubre, antes citado, el órgano consultante se apartó del dictamen del Consejo, no sólo en sus razonamientos sobre la concurrencia de los requisitos conformadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino también en la fórmula de imputabilidad de la responsabilidad al centro concertado interviniente, fundando subsidiariamente la desestimación en *“no ser imputable a esta Administración la actuación contra la que se reclama”*. No obstante, conviene precisar que, sometido el referido asunto al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, en su sentencia de 1 de septiembre de 2006 se ha rechazado la argumentación de falta de legitimación pasiva alegada por la representación procesal del SESCAM, condenando a la Administración a satisfacer la correspondiente indemnización de responsabilidad patrimonial.

Es consciente este Consejo de que la cuestión apuntada es una de las más controvertidas que suscita en la actualidad la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de que, frente a la misma, el examen de la doctrina de nuestros Tribunales no proporciona una respuesta realmente clarificadora. Asimismo, ni siquiera parece posible afirmar con seguridad que la solución ofrecida por la juris-

prudencia para abordar la responsabilidad de los contratistas y concesionarios en general, venga siendo similar cuando se trata de daños causados por la ejecución de una obra, la gestión o prestación de un servicio y, dentro de la categoría anterior, cuando el perjuicio se anuda precisamente a la asistencia médica prestada en centros sanitarios concertados con los diferentes servicios públicos de salud.

Ciertamente que dentro de la doctrina del Tribunal Supremo encontramos diversos pronunciamientos recientes en los que se declara la improcedencia de atribuir responsabilidad directa a la Administración, posibilitando su derivación directa hacia el contratista, según se extrae de Sentencias como las de 30 de abril de 2001 (Ar. RJ 2001,6852), 19 de septiembre de 2002 (Ar. RJ 2002,8401), 24 de abril de 2003 (Ar. RJ 2003,5409) o 30 de octubre de 2003 (Ar. RJ 2003,7973), en la última de las cuales se señala: “[...] esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7399): ‘Una tesis que es la de la Sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Ésta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la Sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista’, tesis que mantienen también las y .[] Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la Sentencia

de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala «no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido -pues atenta el principio de economía procesal- que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo».

Ahora bien, esta línea jurisprudencial unificadora de las posturas dispares previamente seguidas por el Tribunal Supremo, queda mediaticada en su aplicación a supuestos como el analizado en el presente procedimiento por los cambios normativos sobrevenidos a los hechos que con ocasión de aquélla se enjuiciaban, dado que el artículo 134 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, que constituye la piedra angular de la tesis jurisprudencial referida, ha quedado derogado expresamente por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aprobatorio del nuevo Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de suerte que la intervención Administrativa ante la exigencia de indemnización por daños causados por contratistas y concesionarios se halla ahora marcada por la interpretación del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que establece: “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.[] 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. [] 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. [] 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”

En efecto, lo establecido en los dos primeros apartados de esta disposición está sirviendo de fundamento en determinados casos para posibilitar la exoneración de responsabilidad de la Administración y la declaración de su falta de legitimación pasiva en reclamaciones a ella dirigidas cuando el daño no deriva de una orden suya o de vicios del proyecto elaborado por ésta. De ello encontramos ejemplo, referido a la Administración Regional y cercano al ámbito sanitario aquí concernido, en la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006,152699), que rechaza la legitimación pasiva de la Administración Sanitaria para la imputación a la misma de los daños causados a un usuario del servicio de transporte en ambulancia prestado por un concesionario.

Pero la jurisprudencia hasta aquí mencionada aborda casos en los que no se dilucida específicamente la consecuencia de los daños producidos en centros sanitarios concertados, ni se ocupa de articular un modo coherente de aplicación del artículo 97 arriba transcrito en sintonía con lo señalado en la citada disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone: *“Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria.- La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.”*

Es más, el repaso de la jurisprudencia generada por supuestos en los que se reclama a la Administración sanitaria la satisfacción de daños acaecidos en ejecución de actuaciones médicas derivadas a clínicas y hospitales concertados ofrece también abundantes ejemplos en los que se condena a la Administración a indemnizar a los perjudicados, sin hacer cuestión sobre la legitimación pasiva suscitada, o bien se admite claramente ésta, aun cuando se rechace la existencia de responsabilidad patrimonial por ausencia de los requisitos sustantivos configuradores de dicho instituto jurídico. En este sentido cabe hacer alusión, entre otras, a las

siguientes sentencias: de 17 de marzo de 2004 (Ar JUR 2004,134765) y 19 de junio de 2002 (Ar. JUR 2003,58767) de la Audiencia Nacional; de 7 de julio de 2004 (Ar. JUR 2005,190037), 6 de octubre de 2004 (Ar. JUR 2005,197616) y 15 de diciembre de 2004 (Ar. JUR 2005,197417) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; de 10 de junio de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Ar. RJCA 1999,1859); de 10 de febrero de 2003 (Ar. JUR 2003,122263) y 25 de noviembre de 2002 (Ar. JUR 2003,126575) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; de 11 de febrero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Ar. RJCA 1999,838); de 30 de junio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Ar. RJCA 2005,398); de 11 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Ar. JUR 2003,100307); o de 27 de septiembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Ar. JUR 2002,13420).

Ante la situación incierta que ponen de manifiesto los criterios jurisprudenciales expuestos, estima el Consejo que la respuesta a los supuestos concretos de causación de daños a pacientes por tratamientos producidos en centros sanitarios privados concertados impone una interpretación sistemática de ambos preceptos —el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y la mencionada disposición adicional 12^a-, de la que cabe extraer las siguientes proposiciones:

- La referencia a la prosecución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incluida en la citada disposición adicional 12^a hace inapropiado invocar falta de legitimación pasiva por parte de la Administración Sanitaria para conocer de reclamaciones como la planteada, en la que se le exige indemnización por los daños derivados de la asistencia médica prestada fuera de su red asistencial, pero por encargo de aquélla.

- A tenor de las facultades que en tal sentido se reconocen al órgano de contratación en el procedimiento singular regulado en el artículo 97.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -a cuyo cuerpo normativo remite globalmente el concierto suscrito por la entidad titular de la Clínica R-, resulta procedente que el órgano administrativo facultado para resolver sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial emita un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad producida en el que se señale que ésta recae sobre el contratista o entidad sus-

criptora del concierto, si se dan los supuestos caracterizadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- El procedimiento al que alude el apartado 4 del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la reclamación de los daños imputados al centro sanitario concertado con la Administración, en estos supuestos, es el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refiere la indicada disposición adicional 12ª, que conduce lógicamente al ulterior conocimiento de la cuestión por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

- El sistema apuntado resulta plenamente operativo y garantista de los derechos de los usuarios que son derivados a clínicas y hospitales concertados, puesto que en el caso de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial antedicho concluyera con una resolución estimatoria para el perjudicado, que declare la responsabilidad del centro concertado y la suma en que se cifre la indemnización, éste último, a quien se habrá de notificar la resolución adoptada, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando a conocimiento del orden contencioso-administrativo todas las cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado, o aceptar dicha declaración de responsabilidad permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar, que deberá cumplir, bien de forma directa, bien mediante repetición de la suma abonada por la Administración.

Pasando a ponderar la efectividad del daño alegado, el acervo documental obrante en el expediente acredita que la reclamante padece una neuropatía óptica isquémica anterior (NOIA), que le ha provocado una grave pérdida de visión en ambos ojos, próxima a la ceguera y de carácter irreversible, constituyendo dicha patología un claro daño efectivo, evaluable y susceptible de indemnización.

De otro lado, tampoco ofrece duda que la reclamación efectuada el día 19 de noviembre de 2004 no se encuentra prescrita, pues, sin necesidad de precisar cuándo pueden considerarse estabilizadas las lesiones antes referidas, la intervención quirúrgica de la que trae causa —en la hipótesis sostenida por la reclamante— se llevó a cabo el día 20 de noviembre de 2003, antes del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de prescripción.

V

Abordando el examen de la relación causal invocada por la reclamante y del carácter antijurídico del daño aducido, debe considerarse que aquélla configura la causa de su petición sobre la base de una inadecuada praxis médica, aludiendo a una “*deficiente y negligente actuación facultativa*”, que imputa al personal médico de la Clínica R durante la realización de una intervención quirúrgica de artroplastia de cadera. La conducta cuestionada se concreta en no haber recabado por dicho establecimiento la historia clínica de la paciente y, consiguientemente, no haber adoptado las precauciones necesarias para tratar de modo conveniente la insuficiencia vascular de ambas carótidas que presentaba con anterioridad, así como haberle causado una fractura en el fémur durante el curso de la operación.

Comenzando con el último de los motivos de imputación previamente expuestos, la rotura ósea ocurrida durante la cirugía, sin entrar en consideraciones que resultan prescindibles sobre si su acaecimiento pudo deberse a una incorrecta actuación médica o si fue una consecuencia inevitable de la osteoporosis que también aquejaba a la paciente, lo cierto es que el conjunto de los informes obrante en el procedimiento permite considerar que dicha incidencia fue resuelta sin compromiso alguno para el éxito de la operación de cadera practicada, ni lesión resultante que haya afectado a la estabilidad del propio hueso. Asimismo, de la información facultativa disponible no es posible extraer vinculación alguna entre el referido incidente iatrogénico y la lesión óptica por la que se ha entablado la exigencia de responsabilidad patrimonial. Por consiguiente, puede prescindirse de efectuar mayores consideraciones al respecto, dada su intangible conexión causal con el hecho lesivo por el que se pide indemnización.

Centrándose el análisis de la cuestión, por tanto, en el primer elemento imputatorio referido, el inapropiado manejo de los antecedentes personales de la paciente respecto de la arteriopatía carotídea que sufría, por no haberse tomado debido conocimiento de los mismos, han de tenerse en consideración las siguientes circunstancias:

Ciertamente, la afectada había sido diagnosticada en el año 1999 de una obstrucción de ambas arterias carótidas por la que venía siendo

tratada con Disgren, medicamento que según su ficha técnica *“previene el infarto porque evita la formación de obstrucciones de sangre en las arterias (ANTIAGREGANTE PLAQUETARIO)”*. La patología carotídea mencionada fue investigada y detectada precisamente porque la afectada sufrió un episodio transitorio de Amaurosis, que consiste en una pérdida o disminución de la capacidad visual. A la paciente le fue suspendida la administración de dicho medicamento cinco días antes de la intervención y no consta su reinstauración con anterioridad de la aparición de la pérdida de visión que se manifestó súbitamente en la mañana del 23 de noviembre de 2003.

La Inspectora Médica que instruye el procedimiento incluye en su informe una descripción de la enfermedad oftalmológica que sufre la paciente y una relación de los factores predisponentes y precipitantes de la misma, señalando respecto a lo primero que dicha patología *“se define como un infarto del nervio óptico, entendiéndose por infarto la interrupción del aporte sanguíneo, tras el cual se produce un determinado grado de isquemia con su consecuente pérdida de visión asociada”* y que *“es considerada una patología multifactorial en la cual se produce una interrupción del aporte sanguíneo a nivel de las arterias ciliares posteriores, las cuales irrigan la cabeza del nervio óptico”*. Cita la informante como factores predisponentes de la NOIA la concurrencia de *“enfermedad carotídea”*, y como factores precipitantes la acción de hipotensores, tipo de medicación que también tomaba la paciente para combatir la hipertensión arterial –Captopril- y que le fue reinstaurada al día siguiente de la operación.

La Gerencia de la clínica R en los informes emitidos antes -cuando las actuaciones de la perjudicada se movían en el ámbito asistencial- y después de la formulación de la reclamación, ofrecen versiones contradictorias sobre la importancia de haber conocido los antecedentes de insuficiencia carotídea que concurrían en la paciente. En documento de 2 de agosto de 2004 se dice al respecto que *“3.- Evidentemente, la paciente presentaba insuficiencia vascular de ambas carótidas, sin repercusión neurológica hasta ese momento, siendo la complicación más frecuente de esta patología la presentación de ACV isquémicos en territorio carotídeo, pero no en los oftalmológicos. Por todo ello, el que se hubiera solicitado la remisión del historial de la paciente al Hospital General en nada hubie-*

ra cambiando la situación, ni con respecto al preoperatorio ni en relación a la asistencia que desde la Clínica R se prestó a la paciente. [...]”. Sin embargo, en comunicación posterior de 25 de enero de 2005 se adopta una posición exculpatoria difícilmente conciliable con la tesis anterior, al indicar: “la paciente en el estudio preoperatorio previo no informó de tener complicaciones neurológicas producidas por su estenosis de carótida [...]. De hecho en la historia clínica consta que en ese estudio preoperatorio previo, a la pregunta ‘antecedentes personales y ACV previo’ la paciente contesta NO, olvidando mencionar que tuvo un episodio de Amaurosis que fue el que provocó el estudio de sus troncos supraaórticos [...].[...] en los estudios preoperatorios se precisa la colaboración del paciente para la realización de un análisis apropiado del caso y si sus respuestas no son exactas se produce una desinformación del médico actuante que puede repercutir en la asistencia que pueda prestársele”.

Así, aun cuando no pudiera considerarse plenamente demostrada la relación causal existente entre la realización de la intervención y el episodio neurológico sufrido por la paciente, la visible contradicción en que incurre la entidad médica implicada, la proximidad temporal existente entre ambos hechos y el carácter desproporcionado del daño sobrevenido respecto de lo que es usual en el tipo de operación realizada, favorecen de manera determinante la posibilidad de incidencia de la supresión de la medicación anticoagulante en la neuropatía isquémica sobrevenida a la paciente, así como la presunción de que existe dicha conexión causal entre la operación y la pérdida de visión; presunción que corresponde desvirtuar, en su caso, al servicio médico imputado, de conformidad con las tesis acogidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde se señala: “La obligación del actor de soportar la “carga de la prueba” no empece a que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración también las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario; por lo que, lógicamente, habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o “diabólica”. Además y a mayor abundamiento cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, debe aplicarse una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público, justificando su adecuada actividad, sin

que tampoco caigamos en la exigencia de culpabilidad alguna sino, como dice taxativamente la Ley, la producción de un perjuicio acreditado [...], que se origina y está causalmente entroncado con el servicio sanitario público [...] y que la paciente no tenía deber jurídico de soportar.” –Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (Ar. RJ 2005,7503)-. En sentido concordante, se trasluce la misma doctrina en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006,166643, FJ 6º y 7º) o de 3 de noviembre de 2004 de la Audiencia Nacional (Ar. JUR 2005, 234490, FJ 4º).

Nos encontramos, pues, ante la presencia de una patología con escasa incidencia entre la población general, para la que la interesada reunía algunos de los factores predisponentes o precipitantes reseñados por la literatura científica -arteriopatía carótida e hipertensión arterial tratada con hipotensores-, y que aparece nítidamente ligada a las decisiones tomadas por el personal del centro médico interviniente respecto a la medicación que la paciente precisaba para el tratamiento de trastornos de salud previos y distintos a la artroplastia de cadera de la que fue operada. En estas circunstancias debe considerarse que los antecedentes personales de la interesada sobre el problema circulatorio que sufría en sus carótidas, que ya le habían ocasionado en 1999 un episodio transitorio de merma o pérdida de visión, indiciario de la afectación del nervio óptico, sí debieron ser conocidos y debidamente manejados por el Servicio Médico que realizó la intervención de cadera, pidiendo al efecto la historia clínica de la enferma –como se hizo al sobrevenirle la ceguera-, sin que pueda servir como disculpa la falta de colaboración achacada a la paciente en la comunicación de sus antecedentes clínicos, dadas las evidentes limitaciones de ésta en la comprensión de la terminología médica utilizada en las hojas de anamnesis, pues no se estima admisible culpar a ésta de *“a la pregunta ‘antecedentes personales y ACV previo’ la paciente contesta NO, olvidando mencionar que tuvo un episodio de Amaurosis que provocó el estudio de sus troncos supraaórticos”*.

Así las cosas, de haberse tomado debido conocimiento de la patología circulatoria sufrida por la paciente, el Servicio Médico imputado habría podido ponderar adecuadamente los riesgos específicos que generaba la intervención, considerar las posibles líneas de actuación y su adecuada incidencia sobre el alcance y condiciones del deber de información al paciente,

sopesando los riesgos generales de la intervención y los específicos del tratamiento paralelo que procedía aplicar, a los que se refiere el artículo 10.1, apartados b) y c), de 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, cuando obliga al facultativo interviniente a proporcionar información sobre *“los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”* y *“los directamente relacionados con el tipo de intervención”*. Es decir, quizás habría podido plantearse no interrumpir o reducir la medicación anticoagulante que tomaba la paciente, advirtiéndole de los riesgos especiales de hemorragia que concurrían en la operación, o bien suspender dicha medicación, como efectivamente se hizo, pero advirtiéndole de forma específica de los mayores riesgos de obstrucción circulatoria e isquemia que ello conllevaba. Con los datos ofrecidos por el expediente este Consejo no puede negar que la suspensión de la referida medicación fuera ineludible para la práctica de la intervención, pero tal circunstancia no hace sino acentuar la necesidad de información sobre los posibles efectos de dicha medida.

La interesada suscribió un documento de consentimiento informado en el que se recogen diversos riesgos comunes asociados a la técnica quirúrgica que se le realizó, pero no así el riesgo singular que para ella representaba la interrupción temporal de la medicación con la que venía siendo tratada de su patología de obstrucción carotídea -presumiblemente situada en la génesis de la neuropatía óptica experimentada-, lo que comporta una desatención de las determinaciones establecidas en el artículo 10.1 antes citado. Al no tomar ninguna medida orientada a conformar debidamente el ámbito de información y decisión sometido a la consideración de la enferma, el Servicio Médico imputado, obviando el escrupuloso cumplimiento de los deberes de tal índole recogidos en el precitado artículo 10.1 de la Ley 41/2002, propició la potenciación inconsciente –al menos para la enferma- de un factor predisponente a la isquemia neurológica, del que era portadora, -la obturación arterítica- que en este caso habría afectado al nervio óptico, y que se vio acentuado por la superposición de un factor precipitante –la reinstauración de la medicación hipotensora dos días antes del incidente-, que probablemente se encuentran implicados en el infarto del nervio óptico causante de la citada NOIA. Por tanto, no habiendo sido advertida de dicho riesgo específico previsible y relacionado con sus antecedentes personales, en los que ya consta un

anterior episodio de Amaurosis ligado a su patología carotidea, la perjudicada no tiene el deber de soportar las consecuencias de su materialización en el daño concreto por el que se pide compensación.

Así mismo, de analizarse aisladamente la deficiencia producida en materia de información al paciente, como transgresión de la *lex artis ad hoc* en sentido amplio, y su virtualidad para generar un deber de reparación por la causación de un daño moral autónomo, siguiendo la doctrina ya expuesta por este Consejo en su reciente dictamen 33/2006, de 7 de marzo, cabe agregar, que con independencia de la fuerza probatoria que quepa reconocer a los elementos disponibles sobre la vinculación existente entre la actuación médica cuestionada y el daño producido, dado el carácter desproporcionado de éste en relación con los resultados habituales esperables del tipo de intervención, la deficiencia informativa acaecida presenta también entidad suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en orden a la satisfacción de dicho daño moral, que podemos asociar a la disminución efectiva de su autonomía para decidir si se operaba de cadera.

En todo caso, cabe concluir afirmando que el acervo probatorio manejado permite establecer una relación causal eficiente entre el conjunto de actuaciones llevadas a efecto por el personal del centro sanitario imputado con ocasión de la intervención de artroplastia realizada a D^a. X y la grave pérdida de visión sobrevenida a ésta al tercer día de la operación, sin que la interesada deba soportar dicho perjuicio -por asunción consciente del mismo-, al no haberse atendido debidamente el deber de información a la paciente en los términos regulados en los artículos 4 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y ser anudable dicha desinformación con el daño físico por el que se pide resarcimiento.

VI

Concurriendo los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial exigida, procede finalmente pronunciarse acerca de la suma que deba abonarse como indemnización.

La interesada ha solicitado 250.000 euros, sin ofrecer desglose alguno o referencias que permitan conocer los criterios de evaluación propuestos. Así, ante la indeterminación existente, cabe propugnar, como en la generalidad de los casos planteados, la utilización de las reglas de

baremación contenidas en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, hoy plasmadas en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, pero sin dejar de recordar, como ya ha señalado este Consejo en números dictámenes - 29/1999, de 6 de abril; 6/2002, de 16 de enero; 32/2003, de 25 de marzo; 66/2004, de 3 de junio; o 58/2006, de 28 de marzo -, que el recurso a dichos patrones de evaluación reviste un carácter meramente orientativo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, según lo declarado continuamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa -Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 (Ar. RJ 1998,4045), de 27 de diciembre de 1999 (Ar. RJ 1999,10072) o de 4 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000,3258)-.

Una vez admitido el uso del citado sistema de cuantificación, ha de significarse primeramente que las sucesivas alteraciones de las Tablas conformadoras del mismo, integradas en el correspondiente Anexo, han llevado a este Consejo a señalar la necesidad de tomar como punto de partida para el proceso de cuantificación, los criterios y cantidades correspondientes al momento de acaecimiento del percance o al de la estabilización de las secuelas resultantes del mismo, por ser éste el procedimiento que literalmente impone el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el que se indica que la cuantía de la indemnización se determinará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, exigibles conforme a lo establecido en la Ley General Presupuestaria. Así, en el presente supuesto han de tomarse las reglas y parámetros de evaluación extraídos de las Tablas aplicables al año 2004, pues aunque la aparición del síndrome oftalmológico de la paciente se produjo en el mes de noviembre de 2003, el proceso subsiguiente de estudio de su etiología y de objetivación de las secuelas se adentra significativamente en el año 2004, según se deduce del informe emitido por el Instituto Oftalmológico de W a 16 de septiembre de 2004, que efectúa una valoración de la agudeza visual estabilizada en dicha fecha, y de los demás antecedentes extraídos de la historia clínica de la paciente. Por tanto, se han de tomar para dicha cuantificación las Tablas I a V contenidas en la Resolución de

9 de marzo de 2004 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y la Tabla VI contenida en la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, modificativa de la legislación en materia de seguros privados, que no presenta alteraciones significativas respecto de la incluida en el citado Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Los datos objetivos que cabe extraer del acervo documental obrante en el procedimiento y la aplicación a los mismos del sistema valorativo anteriormente mencionado, permiten cuantificar los perjuicios referidos en los siguientes términos:

A) No parece procedente reconocer suma alguna en concepto de incapacidad temporal asociada a la existencia de un periodo de baja, pues aunque en la historia clínica de la paciente se aprecia que la perjudicada ha seguido diversas consultas para averiguar las causas de su ceguera, así como algún tratamiento que no ha proporcionado resultado satisfactorio significativo, todo ello coincidiendo parcialmente con la convalencia de la operación de cadera, no puede delimitarse la existencia de un periodo impeditivo continuado y concreto asociado a su problema de visión que hubiera finalizado con un informe de alta médica. Asimismo, la interesada no hace desglose alguno en su pedimento, del que pueda deducirse el sostenimiento de una pretensión económica en tal sentido.

B) En relación con la valoración de las secuelas que sufre la perjudicada, aplicando los datos figurados en el último informe obrante al efecto, emitido por el Instituto Oftalmológico de W a 16 de septiembre de 2004, se constata que la paciente sólo conserva un resto de visión periférica de 1/100 en ojo derecho y 1/20 en ojo izquierdo, situación gravemente limitativa de su capacidad visual.

La integración de ambos datos en el cuadro de tasación de la agudeza visual “*de lejos*” (Tabla A), referida en el epígrafe correspondiente a “*sistema ocular*” del Capítulo 1 de la precitada Tabla VI del Baremo, arroja una calificación de 78 puntos, que es coherente con la puntuación asignada para el supuesto de ceguera completa en dicho epígrafe y capítulo, donde esta secuela se tasa globalmente en 85 puntos.

Así, empleando los correspondientes importes establecidos en la Tabla III del sistema de evaluación aludido, procede atribuir a la citada secuela una valoración de 91.090,19 euros (78 x 1.167,823).

C) Factores de corrección previstos en la Tabla IV:

1.- En concepto de daños morales complementarios por la concurrencia de una secuela superior a los 75 puntos, haciendo un cálculo proporcional en función del máximo previsto (75.231,70 euros), que se anudaría con el máximo posible (100 puntos), dado que la secuela considerada excede sólo en tres unidades de la cifra mínima motivadora de la aplicación del factor corrector, correspondería una cantidad de 9.027,80 euros. $(75.231,70 / 25 \times 3)$.

2.- Por el padecimiento de una situación asimilable a incapacidad permanente total, ante la concurrencia de *“secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado”*, que es valorada en la citada Tabla IV entre 15.046,34 y 75.231,70 euros, y a falta de otros parámetros que permitan ponderar con objetividad el grado de incapacitación soportado, cabe determinar la suma correspondiente a este factor de corrección mediante la realización de un cálculo inversamente proporcional a la edad de la víctima, que contaba 69 años en el año 2004. Así, considerando al efecto que la suma mínima señalada se aplicaría a quienes hubieran superado el umbral de esperanza de vida medio de 85 años, correspondería fijar por este concepto la cantidad de 26.375,34 euros, obtenida mediante la siguiente operación: $15.046,34 + [(75.231,70 - 15.046,34) / 85 \times (85 - 69)]$.

Así, la suma de los tres conceptos anteriores representa un importe total de 126.494,33 euros, cantidad que se ha de tomar como deuda de valor referida cronológicamente al momento de estabilización de los daños objeto de compensación –septiembre de 2004–, y sin perjuicio de la actualización que corresponda por aplicación de lo previsto en el artículo 141.3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que existiendo relación de causalidad entre los daños sufridos por D^a. X, y la cirugía de cadera practicada a la misma en la Clínica R, de Z, S.L., en virtud de concierto celebrado con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), procede dictar resolución parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada y

reconocer el derecho de la interesada a la percepción de una indemnización fijada con arreglo a los criterios expuestos en la Consideración VI, declarando la obligación de pago de la citada entidad en los términos señalados en la Consideración IV, con notificación de la resolución a la reclamante y a la sociedad médica concertada.”

Toledo, 11 de octubre de 2006

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****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 en el ámbito tributario. 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. LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: LA PROHIBICIÓN DE DOBLE IMPOSICIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6.3 DE LA LOFCA.**

Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2006, de 13 de junio de 2006.

La Sentencia objeto de comentario constituye el tercer pronunciamiento del Tribunal Constitucional relacionado con impuestos medioam-

bientales establecidos por Comunidades Autónomas. En líneas generales, el TC aplica los mismos parámetros de constitucionalidad que los empleados en la STC 289/2000, en la que se declaró la inconstitucionalidad del impuesto balear sobre actividades que inciden en el medioambiente, por incurrir en doble imposición con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI).

La Sentencia responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura sobre la Ley extremeña 7/1997, de 29 de mayo, de medidas sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente (en su redacción previa a las modificaciones operadas por la Ley 8/2005, de 27 de diciembre), por si fuera contraria al art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), que impide a éstas establecer impuestos sobre “materia imponible” reservada a las entidades locales. La Sala cuestionante entiende que el impuesto que establece la Ley cuestionada “tiene la misma naturaleza y contenido” que el impuesto regulado en la Ley balear 12/1991, de 20 de diciembre, declarado inconstitucional por la STC 289/2000, ya que grava la misma materia imponible que el IBI. La Sala considera, asimismo, que esa conclusión “no se ve desmerecida por posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de tributos similares, como el analizado en la STC 168/2004, en el que se admitió la compatibilidad de la materia imponible local y la tributación autonómica cuando ésta tenga por objeto la adscripción a un determinado fin de los recursos que se pretendan obtener con el tributo (protección civil en el caso examinado por la Sentencia), siempre que el carácter finalista del tributo se materialice en unos términos que puedan reputarse respetuosos con la prohibición de la doble imposición establecida en el art. 6.3 LOFCA” [*Vid.* nuestro comentario a la STC 168/2004, publicado en el n.º 38 de esta Revista, pp. 345-349].

Tras efectuar un breve repaso a la doctrina constitucional sobre el contenido y límites del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (FJ 3), el Tribunal analiza el contenido y alcance de la expresión “materia reservada” empleada en el artículo 6.3 LOFCA. Sirviéndose de las pautas interpretativas y conclusiones asentadas en pro-

nunciamentos anteriores, el Tribunal recuerda que la expresión “materia reservada” ha de interpretarse como sinónimo de “materia imponible u objeto del tributo”, debiendo entenderse por tal “toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico”, en tanto que el hecho imponible “es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”. En suma, “en relación con una misma materia impositiva, el legislador puede seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imposables, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes” toda vez que al hecho imponible –que es una creación normativa– “le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 4; y en el mismo sentido, STC 168/2004, de 5 de octubre, FJ 6)”. Reitera, de igual forma, la interpretación literal del art. 6.3 LOFCA efectuada en la STC 289/2000, según la cual el límite a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas recogido en este artículo “reconduce la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible, por lo que resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico” (FJ. 4).

El TC declara que el impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente se configura como un impuesto sobre el patrimonio inmobiliario que grava la misma materia imponible que la del impuesto municipal sobre bienes inmuebles, incurriendo, por ello, en inconstitucionalidad. Los fundamentos en los que el TC basa la inconstitucionalidad del impuesto extremeño son, resumidamente, los siguientes:

La supuesta finalidad extrafiscal del impuesto (la protección del medio ambiente) no encuentra reflejo en la estructura del tributo. El exa-

men de los elementos esenciales del impuesto “pone de manifiesto que estamos en presencia de un tributo meramente fiscal o contributivo, en la medida en que no grava directamente la actividad contaminante, sino la mera titularidad de unas determinadas instalaciones”. Así, el hecho imponible “lo constituye la titularidad por el sujeto pasivo de elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que integran el objeto del tributo, a saber, las de producción, almacenaje, transformación, transporte efectuado por elementos fijos del suministro de energía eléctrica, así como los elementos fijos de las redes de comunicaciones telefónicas o telemáticas (art. 1.3)”.

Pero, además de la definición del hecho imponible, “existen otros rasgos del impuesto cuestionado que determinan su carácter netamente contributivo y, por ende, lo alejan de otros tributos autonómicos cuya contradicción con el art. 6 LOFCA hemos descartado, en particular, del impuesto andaluz sobre tierras infrutilizadas (STC 37/1987, de 26 de marzo), del impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento (STC 186/1993, de 7 de junio), del gravamen catalán sobre elementos afectos a las actividades de las que puedan derivar la activación de planes de protección civil (STC 168/2004, de 6 de octubre) y, en fin, del impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas (ATC 417/2005, de 22 de noviembre)”. A diferencia de estos impuestos, el ahora cuestionado “no arbitra ningún instrumento que se dirija a la consecución de ese fin”, ni en sentido negativo, disuadiendo el incumplimiento de ninguna obligación, ni en sentido positivo, estimulando actuaciones protectoras del medio ambiente en cumplimiento del art. 45 CE. “En efecto [...], si lo realmente gravado fuese la actividad contaminante se habrían sometido a imposición aquellas instalaciones, cualquiera que fuese la clase de actividad a la que se hallasen afectas que pudiesen atentar contra el medio ambiente que se pretende proteger, buscando un efecto disuasorio o estimulante de la realización de conductas dañinas o protectoras del entorno ecológico en el que se desenvuelve la actividad, lo que tendría, al menos, dos implicaciones. De un lado, se vincularía la tributación soportada a la consecución de la finalidad pretendida, esto es, se atemperaría el gravamen a la conducta de los sujetos contaminantes [...]. Y, de otro lado, si lo efectivamente gravado fuera la actividad contaminante se someterían a gravamen aquellas instalaciones que

fuesen potencialmente dañinas para el medio ambiente, con independencia de la naturaleza de la actividad a la que estuviesen afectadas” (FJ. 7).

Nada de ello se hace, a juicio del TC, en el impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente. En primer lugar, porque la cuantía del gravamen no se conecta con la potencial actividad contaminante, es decir, desconoce el principio “quien contamina paga”, ya que cuantifica el gravamen “tomando como referencia exclusivamente el valor de las instalaciones, calculado con relación a dos parámetros diferentes que no guardan ninguna relación con la real o potencial aptitud de los sujetos pasivos para incidir en el medio ambiente en que desarrollen su actividad”. En concreto, “para los procesos de producción de energía la base imponible se determina tomando la mayor de las dos cantidades siguientes: bien la resultante de capitalizar al 40 por 100 el promedio de los ingresos brutos de explotación procedentes de la facturación del sujeto pasivo durante los tres últimos ejercicios anteriores al devengo del impuesto, bien la derivada de convertir a pesetas la producción bruta media de los tres últimos ejercicios. Y para las actividades de transporte de energía y telefonía la base imponible se determina en función de los kilómetros de estructuras fijas y del número de postes o antenas”. Por tanto, “la magnitud del gravamen no la determina entonces la mayor o menor incidencia en el medio ambiente de las instalaciones sometidas a tributación, sino única y exclusivamente la mayor o menor facturación, producción, o número de instalaciones de las actividades gravadas”. En segundo lugar, porque “si el impuesto extremeño analizado gravara efectivamente la actividad contaminante, sometería a gravamen todas aquellas instalaciones que fuesen potencialmente dañinas para el medio ambiente”, requisito que no concurre en este caso pues el impuesto “grava única y exclusivamente a un sector muy reducido de las empresas que desarrollan actividades potencialmente contaminantes, en particular, a las empresas eléctricas y las de comunicaciones telefónicas o telemáticas”.

La circunstancia de que el impuesto extremeño se solapa con el IBI no se desvirtúa por el hecho de que la definición de los elementos esenciales de ambos tributos (hecho imponible, sujetos pasivos y base imponible, fundamentalmente) no sea completamente coincidente (FJ 9).

Ni tampoco porque los ingresos que se recauden por dicho impuesto se destinen a la financiación de medidas y programas de carácter medioambiental, fundamentalmente por dos razones: “En primer lugar, porque la afectación del gravamen a la finalidad que se dice perseguida no es más que uno de los varios indicios –y no precisamente el más importante- a tener en cuenta a la hora de calificar la verdadera naturaleza del tributo” (contributiva o extrafiscal). En segundo lugar, porque de la lectura de la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1997 se desprende que “no existe la pretendida afectación a actuaciones concretas tendentes a combatir o reparar el daño provocado al medio ambiente por quienes son llamados por la norma legal al pago del tributo, sino una previsión genérica para financiar cualquier medida o programa de carácter medio ambiental” (FJ. 10).

A la Sentencia comentada se han formulado tres votos particulares que muestran el desacuerdo de cinco magistrados con la argumentación y/o fallo de la misma. En uno de ellos, el magistrado don Manuel Aragón Reyes manifiesta que, aunque comparte el fallo, disiente de la argumentación en que se funda la Sentencia mayoritaria, esencialmente por dos razones: de un lado, porque entiende que no existe una plena coincidencia entre la materia gravada por el impuesto municipal sobre bienes inmuebles (titularidad de los mismos) y el impuesto extremeño (que, además de sobre bienes inmuebles, también recae sobre bienes muebles); de otro lado, porque considera que lo que realmente grava el impuesto cuestionado es una actividad (la de producción y transporte de energía), por lo que debería haberse analizado la coincidencia del impuesto autonómico con el impuesto sobre actividades económicas.

Otro de los votos particulares, formulado por la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, discrepa tanto de la argumentación como del fallo estimatorio de la inconstitucionalidad. La Presidenta suscribe y se remite a lo expresado en el voto particular formulado a la STC 289/2000 por el Magistrado don Pablo García Manzano y al que se adhirieron el Magistrado don Julio Diego González Campos y ella misma. Recuérdese que en aquel voto particular se manifestó que “un entendimiento tan amplio o flexible del límite establecido en el art. 6.3 LOFCA”, como el realizado por la Sentencia mayoritaria, “impediría o, al menos, obstaculizaría

el ejercicio, constitucionalmente lícito, de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas mediante la creación de tributos propios, al amparo de lo dispuesto por el art. 157.1 b) de la Constitución [...] con menoscabo del principio de autonomía financiera”. Se añade, ahora, a lo entonces dicho que el objeto del tributo extremeño no coincide totalmente con el del IBI, puesto que “alcanza también a los bienes muebles que «estén afectos o causalmente vinculados a procesos productivos, prestaciones de servicios, ejecuciones de obras o realización de actividades que, conforme a la presente Ley, perturben el medio ambiente de Extremadura o comporten potenciales riesgos extraordinarios a su territorio» (art. 1.2 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997); y que su hecho imponible se configura, además de por «la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales» dichos, radicados en Extremadura y afectos a la realización de las actividades referidas, por la realización de éstas, con independencia de su titularidad, siempre que quienes las realicen se sirvan «de las instalaciones y estructuras de personas o entidades con las que mantenga[n] relación de vinculación directa o indirecta» (art. 6.1 de dicha Ley)”.

Por último, el voto particular formulado por el Magistrado don Pascual Sala Sánchez y al que se adhieren los magistrados doña Elisa Pérez Vera y don Pablo Pérez Tremps, discrepa tanto de la argumentación como del fallo estimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que la conclusión alcanzada no se ajusta “a la verdadera naturaleza, estructura y finalidad del impuesto cuestionado, que difiere en algunos puntos esenciales de la predicable del impuesto sobre bienes inmuebles”.

A juicio de los firmantes de este voto particular, aunque el principio de autonomía financiera está sometido a diversos límites —entre los que se encuentra la prohibición de doble imposición del art. 6 LOFCA- la Sentencia mayoritaria debería haber partido del criterio hermenéutico, advertido en otras ocasiones (SSTC 168/2004, FJ 4; y 150/1990, FJ 3) y silenciado ahora, “de que ninguno de los límites constitucionales que condicionan la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas puede ser interpretado de tal modo que la haga inviable”. En consecuencia, el límite a la imposición autonómica que deriva del art. 6.3 LOFCA no puede inter-

pretarse en sentido absoluto, sino que resulta “necesario atender en cada caso a la fuente de riqueza gravada con el tributo local [...] y, lo que es más, a su naturaleza, estructura y finalidad, y a los mismos conceptos en el gravamen autonómico, para llegar a determinar si este duplica o no al tributo local, esto es, si entra, solapándolo, o no, dentro del ámbito del tributo local correspondiente”. Pues bien, en opinión de los firmantes de este voto particular, el impuesto extremeño no incurre en doble imposición con el impuesto municipal sobre bienes inmuebles por tres razones:

En primer lugar, porque el impuesto extremeño es un gravamen de finalidad extrafiscal reconocida en su Disposición Adicional primera. El hecho de que, a diferencia del gravamen catalán, el extremeño no establezca que el producto de la recaudación deba destinarse íntegramente a financiar concretas actividades en materia medioambiental no implica que se trate de un tributo con una finalidad recaudatoria. “Una cosa es que el gravamen no aparezca afectado con exclusividad a determinadas finalidades y otra bien diferente que, por eso, no pueda reconocérsele la naturaleza «finalista» que sin duda ostenta y, además, todas ellas relacionadas con el impacto medioambiental”. Además, “el art. 3 de la Ley extremeña contempla un supuesto de finalidad extrafiscal disuasoria, desde el momento en que declara no sujetas al Impuesto la titularidad de las instalaciones y estructuras que se destinen a la producción y almacenaje de los elementos patrimoniales enumerados como su objeto «para autoconsumo» o «la producción de las energías solar y eólicas, salvo que éstas alteren de modo grave y evidente el medio ambiente». Con ello, no puede dudarse de que el impuesto autonómico pretende favorecer las instalaciones de autoconsumo y la producción de energías renovables (solar y eólica) y frenar aquellas otras, como las instalaciones destinadas al transporte por elementos fijos del suministro de energía eléctrica o de comunicaciones telefónicas o telemáticas que tienen reconocida su incidencia medioambiental”. Asimismo, aunque el art. 1 de la Ley extremeña disponga que el impuesto grava los elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan sobre el medio ambiente, “puede interpretarse [al igual que entendió la STC 168/2004 en relación con el objeto del impuesto catalán sobre elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que puedan derivar la activación de planes de protección civil] que no son dichos elementos patrimoniales los constitutivos del obje-

to del gravamen, sino las consecuencias en el medio ambiente de las actividades a las que están afectos, e inclusive el riesgo potencial para dicho medio que los mismos pueden suponer”.

En segundo lugar, el hecho imponible de uno y otro gravamen (la titularidad) tienen una dimensión y alcance distinto. “En el impuesto sobre bienes inmuebles es la titularidad, como concepto jurídico, de los derechos reales antes mencionados. En el gravamen autonómico, aunque se acuda a la titularidad de elementos patrimoniales, se añade que se encuentren afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo” (art. 2) y no solo eso, sino que la idea misma de titularidad llega a trascender del elemento patrimonial de que se trate para comprender también a “quien realice las actividades que integran el objeto del tributo sirviéndose de las instalaciones y estructuras de personas o entidades con las que mantenga relaciones de vinculación directa o indirecta (art.6.1). Puede haber, por tanto, una titularidad de actividad separada de la titularidad de la instalación, que hace sujeto pasivo también a aquel que la realice, lo que revela que el objeto de gravamen es, mas que el elemento en sí, la actividad que con su utilización se despliega”.

Finalmente, tampoco puede decirse que la base imponible de ambos impuestos coincida, pues en el impuesto controvertido la base es “el valor productivo de los elementos patrimoniales a que se refiere la definición legal del objeto del tributo (art. 7.1), entendiéndose por valor productivo “la expresión estimativa de la participación de los elementos patrimoniales sujetos en la composición de los precios de fabricación o costes de los bienes, incluida la energía, o de las actividades, obras y servicios, cuya generación determina el origen del hecho imponible” (art. 7.2). A juicio de los firmantes del voto particular, es claro que con este concepto de valor productivo “no se ha pretendido medir objetivamente el valor de un elemento patrimonial, sino determinar la intensidad con que ciertas instalaciones pueden incidir en el medio ambiente de Extremadura, puesto que parece claro que tal incidencia se corresponde más con la capacidad productiva que con el valor del bien de que se trate”.

2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS. OBSTÁCULO DESPROPORCIONADO AL ACCESO A LA JURISDICCIÓN.

Sentencias del Tribunal Constitucional 111/2006 y 113/2006, de 5 de abril.

Las sentencias objeto de comentario resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y declaran la inconstitucionalidad tanto del art. 36.2 de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como del art. 59.2 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en la redacción dada por la Ley 29/1991). No obstante, en este último caso, la declaración de inconstitucionalidad también alcanza, por conexión o consecuencia, al art. 56.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en su redacción originaria, y al art. 56.4 del mismo Texto Refundido en la redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

En las normas declaradas inconstitucionales se establece que el presentador del documento tendrá, por el solo hecho de la presentación, el carácter de mandatario de los obligados al pago del impuesto, y todas las notificaciones dirigidas al mismo relacionadas con el documento que haya presentado, así como las diligencias que suscriba tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los mismos interesados. Para la Sala cuestionante los preceptos señalados vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque establecen una presunción *iuris et de iure* de que quien presenta la declaración del ISD o del ITP y AJD actúa como mandatario del obligado en todas las actuaciones relacionadas con la gestión del tributo, lo que propicia situaciones de indefensión al dar validez a notificaciones de actos administrativos que no garantizan su conocimiento efectivo por los interesados “en condiciones de ejercitar todos los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance”, para hacer viable, en última instancia, el acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Asimismo, se alega la vulneración de los principios de igualdad (arts. 14 y 31.1 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) porque, a

pesar de que los preceptos cuestionados persiguen un fin lícito (facilitar la gestión de tales impuestos) ello no es razón suficiente para prescindir de las garantías que el régimen general de notificaciones establece para los interesados, ni permite sacrificar la libertad de decidir a quién y hasta qué límite se confiere la confianza necesaria para que sus actos aparezcan como propios.

El TC examina, en primer lugar, el contenido y alcance de los artículos cuestionados, observando, a partir de la literalidad de éstos, que se atribuye al presentador del documento “un mandato representativo pleno para la entera gestión” de ambos impuestos, “es decir, sobre la totalidad de las actuaciones administrativas que puedan derivarse del documento o declaración presentado, tanto por los datos incorporados a la misma como por los omitidos” (STC 111/2006, FJ. 2; STC 113/2006, FJ. 3). Constata, asimismo, que el tratamiento que los preceptos cuestionados otorgan al presentador del documento en el ámbito de estos impuestos “es sensiblemente diferente del que se establece con carácter general en materia de representación en la Ley General Tributaria para el resto de los tributos” (STC 111/2006, FJ. 3; STC 113/2006, FJ. 4).

Una vez analizado el mandato representativo establecido en los artículos impugnados, el Tribunal inicia el examen de constitucionalidad de los mismos exclusivamente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que la alegada vulneración “es la única que tiene entidad propia, pues las demás sólo entrarían en juego por vía de consecuencia, es decir, si [...] se obstaculiza el acceso a la jurisdicción” (STC 111/2003, FJ. 4).

En este sentido, el TC comienza señalando que no puede ignorarse la trascendencia que la previsión contenida en los artículos cuestionados tiene “desde la perspectiva del derecho de los obligados tributarios a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. En efecto, el precepto cuestionado autoriza a la Administración tributaria a notificar al presentador del documento o declaración [...] cualesquiera actos de gestión relacionados con el citado tributo. Y a nadie escapa que la notificación de dichos actos administrativos tienen una clara dimensión constitucional, dado que determinan el

inicio de los plazos para su impugnación, ya se a en vía administrativa o jurisdiccional” (STC 111/2003, F. 4; STC 113/2006, FJ. 5).

A continuación, sintetiza su doctrina general sobre los actos de comunicación procesal y, particularmente, sobre las notificaciones de los actos a los interesados. Del resumen de esta doctrina constitucional interesa destacar, a los efectos del presente comentario, que el TC sólo ha “admitido la comunicación con terceras personas en aquellos supuestos en los que, no siendo posible la comunicación personal con el propio interesado o representante, concurría la característica de la «proximidad», para que el perceptor pueda hacer llegar con facilidad a manos del destinatario la documentación correspondiente, «cercanía» que permite presumir el conocimiento a tiempo por el interesado o su representante del contenido del acto que se notifica en orden a asegurar su derecho a intervenir en el proceso correspondiente para la defensa de sus derechos e intereses legítimos (por ejemplo, terceras personas que se encontraban en el domicilio del interesado o de su representante, tales como empleados o familiares, o cercanas al mismo, como el conserje de la finca o vecino: STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ. 4)”. Sin embargo, el TC ha advertido que “en esos supuestos de «proximidad» o «cercanía» geográfica no se puede presumir sin más que la traslación del acto de comunicación del tercero al interesado se ha producido de forma regular, por lo que cuando el interesado cuestiona la recepción de dicha comunicación, debe dársele la oportunidad de acreditar la no recepción” en tiempo y forma. Es cierto que la doctrina constitucional sintetizada se ha elaborado en relación con los emplazamientos en los procesos judiciales; no obstante, “cabe la posibilidad de que el art. 24.1 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales «en aquellos casos que no se permite al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales» (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ. 3), como ocurre, por ejemplo, cuando en virtud de una norma «quedara impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los Tribunales de justicia» (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ. 4; y 123/1987, de 1 de julio, FJ. 6). La indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional, entonces, cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente

camente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento (en sentido parecido, STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ. 4)” [STC 111/2006, FJ. 5; STC 113/2006, FJ. 6].

El TC basa la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos citados en que éstos no impiden “que la comunicación de actos de tanta trascendencia para el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos pasivos” de ambos impuestos, “como son las liquidaciones tributarias o las comprobaciones de valores –actos, no de mero trámite, cuya notificación abre la vía de recursos y reclamaciones previas al contencioso-administrativo- se efectúe a personas que no sólo no guardan relación alguna de cercanía con el interesado (proximidad geográfica) [...], sino que pueden no haber recibido ningún mandato de éste (gestor de negocios ajenos) o haber recibido únicamente el encargo, remunerado o no, de presentar el documento o declaración (nuncio); circunstancias éstas que, obviamente, no garantizan que las comunicaciones lleguen a poder del interesado con la suficiente antelación como para que éste pueda preparar e interponer [...] los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición”.

Además, los artículos cuestionados no ofrecen al interesado la posibilidad de probar, no ya que la persona que en ellos se “califica como «mandatario» actuaba sin mandato representativo alguno o que obraba con el exclusivo encargo de presentar el documento sin apoderamiento de ningún tipo, sino que aquél no le hizo llegar –o no le hizo llegar a tiempo de reaccionar- la comunicación que recibiera de la Administración tributaria”.

En definitiva, a pesar de que los preceptos cuestionados persiguen la finalidad constitucionalmente legítima de procurar una mayor eficiencia en la gestión tributaria de estos impuestos, en la medida en que prevén que la notificación de los actos de gestión “se efectúe directamente a personas distintas del propio sujeto pasivo o su representante”, que admiten “que dichas personas sean terceros que no guarden la debida relación de proximidad geográfica con el interesado” y que no proporcionan “a este último la posibilidad de probar que no se le trasladó el contenido de dichos actos a tiempo de poder reaccionar en defensa de sus

derechos e intereses”, establecen “un obstáculo desproporcionado al acceso a la jurisdicción” y, por consiguiente, lesionan el art. 24.1 de la Constitución (STC 111/2006, FJ. 7; STC 113/2006, FJ. 8).

A ambas sentencias se realiza un voto particular formulado por la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde y el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los Magistrados don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Los Magistrados firmantes discrepan tanto de la argumentación como del fallo alcanzado por las siguientes razones:

En primer lugar, el problema constitucional suscitado por los preceptos cuestionados no reside “en el régimen de las notificaciones al presentador del documento, que es donde se sitúa la Sentencia mayoritaria para asentar sobre ello la afectación negativa al derecho de tutela judicial, sino en el hecho previo de que al presentador del documento se le atribuya legalmente la condición legal de mandatario de los obligados al pago del impuesto, al que se refiere el documento que presenta. [...] Es este hecho, o mejor la norma que lo establece, la que debiera ser objeto directo del análisis constitucional correspondiente”. Análisis que debería haberse efectuado desde la óptica constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), de manera que “sólo si se partiera de la inexistencia de relación alguna entre el obligado al pago del impuesto y el presentador del documento referente a dicho impuesto, faltaría toda base lógica para atribuir a tal presentador la condición legal de mandatario de los obligados al pago” y, por tanto, no sería dudosa la posible imputación a un precepto tal de la tacha de vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (Apartados 1 y 2).

En opinión de los firmantes del voto particular, “desde la consideración de la generalidad de los casos incluíbles en el marco del precepto” que debe inspirar el análisis constitucional de las normas, ha de convenirse la existencia de una base lógica suficiente para atribuir al presentador del documento la condición legal de mandatario, ya que la norma está partiendo implícitamente “del valor de tal presentación como significativo de la existencia de una relación previa entre obligado al pago del impuesto y presentador del documento a él atinente” (Apartado 3).

De igual forma, desde la óptica del principio de conservación de la Ley, “puede entenderse perfectamente” que la norma parta “del presupuesto implícito de la existencia de un encargo confiado por el obligado por el impuesto al que presenta ante la Administración tributaria el documento referido a dicho impuesto, presupuesto implícito que es constitucionalmente bastante para sostener la razonabilidad del precepto. En la hipótesis teórica, no excluible de antemano, de que las circunstancias del caso evidenciaran por sí mismas la inexistencia de ese presupuesto implícito, la falta de tal presupuesto situaría el caso fuera del ámbito constitucionalmente aceptable del precepto, y lo haría inaplicable a ese caso, pudiéndose calificar su aplicación, si se hiciera, de arbitraria. Pero la marginalidad y excepcionalidad de esa hipótesis no puede referirse al precepto en sí en su supuesto general y normal, sino a su aplicación inadecuada fuera de ese supuesto, aplicación desorbitada enervadora de un juicio negativo, que bien pudiera hacerse valer en el procedimiento administrativo, y de no prosperar el planteamiento en él, en la vía jurisdiccional ulterior y, en su caso, en el recurso de amparo constitucional, sin merma de tutela judicial efectiva. La hipotética patología de la aplicación de un precepto legal no puede determinar su inconstitucionalidad” (Apartado 4).

Finalmente, “no sólo por exigencias del principio de conservación de la Ley, sino también por exigencias de la lógica, que en la propia estructura del precepto, que produce una *fictio iuris* o calificación legal, resulta imposible admitir la prueba en contrario, pues no cabe demostrar la falsedad o incorrección de la cualidad jurídica atribuida por la Ley. Puede demostrarse la falsedad del hecho sobre la que el legislador erige su calificación, esto es, la falta del presupuesto material sobre el que la Ley construye la cualidad jurídica de mandatario del presentador del documento a partir del hecho significativo de la presentación del documento en cuanto expresivo de la existencia de un encargo por parte del obligado por el impuesto. Si la relación previa entre el obligado al pago del impuesto y el presentador del documento existe, la Ley puede erigir sobre ella una relación de mandato con la extensión de sus efectos señalada que no admite prueba en contrario; si no existe tal encargo, ha de poder demostrarse que la calificación legal no tiene cabida, situándose tal caso [...] fuera del ámbito de aplicación natural, adecuado o debido del precepto, bien en el de su inaplicación, bien en el de su aplicación indebida o

arbitraria administrativa y judicialmente reprochable y atacable. En conclusión, en el terreno de la aplicación del precepto legal cuestionado ha de poder probarse que no se da el presupuesto implícito sobre el que el legislador constituye la relación de mandato. Pero si esa realidad no se discute, no cabe probar que el mandato no existe ni que los actos tributarios se han notificado o no al sujeto pasivo del impuesto. Lo contrario sería tanto como admitir que el legislador no puede atribuir a las relaciones de hecho la calificación de Derecho que considere conveniente en uso de su libertad de configuración, observando siempre la Constitución” (Apartado 6).

II. CATEGORÍAS Y ELEMENTOS TRIBUTARIOS.

1. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. EFECTOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DE LA ANULACIÓN EN VIRTUD DE SENTENCIA CIVIL DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2006.

El objeto principal del recurso resuelto por el Tribunal encuentra tanto su raíz como su interés en la anulación en virtud de sentencia civil de los nombramientos como administradores de los recurrentes, en base a lo cual quedaría sin efecto, a juicio de los mismos, el acto administrativo de derivación de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad de la que eran administradores. Argumentación a la que se opone la de la Administración tributaria apoyándose, fundamentalmente, en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio, a cuyo tenor se establece que “el contenido del Registro se presume exacto y válido” así como que “los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración de inexactitud o nulidad”, a lo que se añade que la referida nulidad de los nombramientos por sentencia civil fue posterior a la declaración administrativa de responsabilidad.

Situación, en efecto, que el Organo juzgador resuelve, esencialmente, en base a los argumentos siguientes. En primer lugar, aludiendo

al hecho de que el contenido del Registro es meramente una “presunción”, lo que supone que el mismo puede ser desvirtuado derivándose de ello los efectos correspondientes y, en segundo lugar, en base a lo preceptuado en el párrafo segundo del mencionado artículo 20 del Código de Comercio, el cual establece que “la inscripción no convalida los actos nulos”, por lo que “advertida la nulidad del nombramiento de los recurrentes como administradores, la inscripción previa de su apariencia no convalida, como pretende la Administración, la declaración administrativa de responsabilidad por deudas tributarias de quienes, realmente, nunca fueron administradores” (F.J. 3º). Precepto que el Tribunal pone en conexión con lo dispuesto en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil señalando así que no es cierto que el nombramiento de los administradores tenga siempre lugar por aceptación expresa de los mismos.

Cabe resaltar, finalmente, un último aspecto interesante al que el presente pronunciamiento dedica buena parte de su argumentación. Este es el del valor jurídico o eficacia de las sentencias firmes para quienes no han sido parte en el juicio en que se dictaron y que el Tribunal considera que se encuentra en el fondo de la cuestión controvertida, aludiendo dicho Organismo a diversos pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo así como de distintos Tribunales Superiores de Justicia en orden a dejar constancia de la unanimidad jurisprudencial existente en relación con este tema.

2. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. TRASCENDENCIA DE LAS ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR UNA ADMINISTRACIÓN DIFERENTE A LA QUE GESTIONA EL IMPUESTO CUYA INTERRUPCIÓN SE PRETENDE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de enero de 2006.

Siendo el objeto del presente pronunciamiento la interrupción del plazo de prescripción en orden a instar, por parte del recurrente, la rectificación de su autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el interés del mismo se centra en determinar si las actuaciones

realizadas por parte de una Administración distinta a la del Estado, y en este caso concreto la Junta de Castilla y León, en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones son susceptibles de interrumpir el plazo de prescripción en orden a solicitar la devolución de ingresos indebidos correspondientes a la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas realizada por el recurrente en el año 1996.

Cuestión litigiosa que el Tribunal resuelve basándose en dos argumentos fundamentales. En primer lugar, en el hecho, ya señalado, de que nos encontramos ante dos Administraciones diferentes, la Administración del Estado por un lado y la Junta de Castilla y León por otro y, en segundo término –siendo este, a nuestro juicio, el elemento clave de la argumentación-, en la circunstancia de que la actuación llevada a cabo en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no tiene, como reconoce el Tribunal, “trascendencia directa e inmediata en el otro impuesto” (F.J. 5º). Consideración esta última que podría encontrar encaje, desde nuestra perspectiva, en lo dispuesto en el artículo 68.1.a) de la vigente Ley General Tributaria en el que se dispone que el plazo de prescripción se interrumpe por cualquier acción de la Administración tributaria “conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de la obligación tributaria” siendo cierto que las actuaciones llevadas a cabo por la Junta de Castilla y León lo son en relación con *una obligación tributaria distinta* de aquella cuya interrupción se pretende.

Idea esta última, por otro lado, que podría relacionarse, además, con la teoría de que la eficacia interruptiva de un acto se hace depender del examen de la finalidad perseguida por el mismo en el sentido de que, como ha señalado JUAN LOZANO, un acto “sólo podría gozar de efectos interruptivos si su finalidad formalmente se correspondiera con la del procedimiento en cuestión” siendo así que, en el caso concreto que se examina en el presente pronunciamiento, no parece que, al menos formalmente, la finalidad perseguida por parte de las actuaciones realizadas por la Junta de Castilla y León guarde conexión directa con las llevadas a cabo por parte de la Administración del Estado.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN.

1. ACTUACIONES DE ÓRGANOS DE GESTIÓN. OMISIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 20 de octubre de 2005.

En este pronunciamiento se dilucida un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución del TEAR de Cantabria, que desestimó una reclamación económico-administrativa relativa a una liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El objeto del recurso se sitúa en la discusión acerca de un contrato de préstamo hipotecario firmado entre la parte recurrente y el BBVA que se pretende sujeto a IVA invocando diversas Directivas comunitarias, y no sujeto a Actos Jurídicos Documentados, tal y como lo entendió la sentencia impugnada.

No obstante, y dejando a un lado la cuestión de fondo, el fundamento décimo de la sentencia se ocupa de la alegación efectuada relativa a la omisión en el trámite de audiencia previa al interesado en la liquidación complementaria que le fue girada. El TEAR considera que la naturaleza de este vicio no puede considerarse más que una irregularidad no invalidante.

De acuerdo a la normativa aplicable al supuesto de hecho el artículo 22.2 de la Ley 1/2998, de Derechos y Garantías del Contribuyente, permitía prescindir del trámite de audiencia en los casos en que no se hubieran tenido en cuenta en la resolución “otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Pues bien, en el presente asunto no se ha producido modificación alguna de los hechos ni de los elementos probatorios obrantes en el expediente y, por tanto, el trámite de audiencia no constituye un requisito esencial que ponga al interesado en indefensión.

El Tribunal aduce que, incluso, es el propio recurrente quien señala que la cuestión planteada en el recurso es estrictamente jurídica, esto es, se trata de discrepancias jurídicas relativas a la interpretación de la normativa aplicable y en ningún momento se afectan los hechos en que se basa la comprobación. En concreto, “la valoración de los bienes objeto de los actos jurídicos sujetos a gravamen no es elemento probatorio nuevo aportado por la Administración sino que se ha tomado de la escritura notarial, y no se ha efectuado comprobación abreviada alguna que sirviera de fundamento de la liquidación complementaria girada, sino la suma de los conceptos garantizados por la hipoteca” (FJ. 10º).

En definitiva, para el Tribunal la omisión del trámite de audiencia no debe considerarse como requisito esencial antes de aprobar la comprobación de valores, que, realmente, no ha existido en este supuesto. Dicha argumentación conduce al decaimiento de esta alegación, en el mismo sentido que el resto de alegaciones, y, en consecuencia, al desistimiento de los motivos opuestos por la recurrente.

2. COMPROBACIÓN GESTORA. INTERRUPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. APLICACIÓN ANALÓGICA.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006.

En este pronunciamiento se presenta ante el Tribunal Supremo un recurso de casación en interés de ley, cuyo objeto es fijar la doctrina jurisprudencial en relación con la materia en cuestión. En concreto, el Abogado del Estado trata de discernir a través de este recurso la procedencia de la línea jurisprudencial de la sentencia recurrida en tanto en cuanto se acude a la aplicación analógica del artículo 31.4 RGIT -que regula los efectos de la interrupción injustificada de actuaciones inspectoras- a las actuaciones comprobadoras llevadas a cabo por los órganos de gestión.

El asunto trae causa en una liquidación provisional paralela que es girada por el órgano gestor modificando los importes que afectaban a los rendimientos de capital mobiliario. Dicha liquidación fue anulada por falta de motivación en sede del Tribunal Económico-Administrativo Regional de

Valencia –aunque desoyendo la alegación de prescripción aducida-, dándose lugar a una nueva liquidación. Contra esta segunda liquidación, se interpone una reclamación económico-administrativa que pretende hacer valer la prescripción sin que tuviera éxito pues para el TEAR de Valencia la prescripción había sido interrumpida por la primera reclamación del interesado y las actuaciones de la Oficina Gestora. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, resolviendo el posterior recurso contencioso-administrativo presentado, declara prescrita la deuda tributaria, puesto que la liquidación declarada nula no ha de considerarse como un acto susceptible de interrumpir la prescripción, habida cuenta que los actos nulos de pleno derecho no producen efecto alguno.

Así, el Abogado del Estado se decanta por rechazar la aplicación análogica del artículo 31.4 RGIT, de manera que la interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras producirá por causas no imputables al obligado tributario el efecto de entender no producida la interrupción del cómputo de la prescripción, pero sólo en el ámbito de la Inspección y no para actuaciones seguidas por los órganos gestores.

Pues bien, el Tribunal Supremo atiende en primer lugar, a los requisitos formales de admisibilidad del recurso de casación en interés de ley, y en segundo lugar, entra en el fondo del asunto.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal recuerda los supuestos para los que está dispuesto el recurso extraordinario de casación en interés de la ley:

- a) “Cuando la sentencia impugnada tenga carácter firme por no haber contra ella recurso de casación tanto en su modalidad ordinaria como en la de “para unificación de doctrina””.
- b) “Que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, y errónea en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal” (FJ. 3º).

Para el Tribunal concurren los requisitos formales de admisibilidad del recurso, y ello a pesar de que el Ministerio Fiscal había alegado

en contra que se pretende la interpretación de una Ley actualmente derogada. No obstante, el Tribunal tiene bien presente que pueden existir asuntos que no hayan sido definitivamente resueltos, a los que les sea de aplicación la legislación antigua, señalando que “hay que huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las derogaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas” (FJ. 4º).

En cuanto al fondo del asunto, se afirma que la segunda liquidación se produjo una vez que habían transcurrido los seis meses previstos en el artículo 31.4 RGIT, como plazo máximo de interrupción justificada de las actuaciones. La cuestión será si se admite o no la aplicación analógica de dicho precepto en el ámbito del procedimiento liquidatorio llevado a efecto por las oficinas gestoras. El Tribunal estima la procedencia de la postura jurisprudencial de la sentencia recurrida y, por ende, la admisibilidad de la interpretación analógica en razón de dos motivos:

1º La similitud del procedimiento de comprobación de los órganos gestores con respecto al procedimiento inspector que aboca a la homogeneización del actuar administrativo.

2º La posterior regulación de los plazos de resolución y los efectos del incumplimiento en art. 104.1 de la nueva Ley General Tributaria.

Resulta ilustrativo el texto de la propia sentencia en su fundamento jurídico 5º: “aunque el procedimiento de liquidación por las Oficinas Gestoras no era un procedimiento e inspección tributaria (...) sí existían algunos aspectos comunes o similares, en orden a la tramitación, en cuanto se le confería la posibilidad de efectuar actuaciones de comprobación abreviada, por lo que nada impedía aplicar analógicamente el Reglamento General de la Inspección en estos casos, y más concretamente el efecto de la interrupción injustificada de las actuaciones, dadas las características del procedimiento y la necesidad de homogeneizar el actuar administrativo en esta materia, como ha venido a reconocer la nueva Ley General Tributaria, que tras establecer plazos de resolución y los efectos de su incumplimiento en el apartado 1 del art. 104 (...) consagra la caducidad en el apartado 4, como forma de terminación de los pro-

cedimientos, señalando en el apartado 5 que la caducidad no producirá, por si sola, la prescripción de los derechos de la Administración Tributaria, pero las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”.

En definitiva, debe destacarse la apuesta del Tribunal Supremo por la cobertura garantista ofrecida en la sentencia del TSJ de Valencia que, haciendo abstracción del órgano que actuaba, pone el acento en la unificación de la regulación de procedimientos por comparten la misma finalidad comprobadora, a pesar de que la normativa aplicable al caso no aportaba una solución específica al respecto.

3. PROCEDIMIENTO DE GESTION. PRUEBA DE PRESUNCIONES.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2005.

En esta extensa sentencia se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución del TEAC en materia de varios actos liquidatorios girados regularizando el IRPF de varios períodos impositivos.

Sin perjuicio del análisis que recibirá esta sentencia en la voz “Revisión” de esta misma Sección de Comentarios Jurisprudenciales, corresponde prestar atención a las alegaciones materiales sostenidas por la parte recurrente que, fundamentalmente, descansan sobre la admisibilidad como medio de prueba de presunciones no establecidas por Ley.

A este respecto, el fundamento jurídico 16º de la sentencia señala que “no puede ser tomada como hecho incontrovertible la unidad patrimonial que la Inspección presume”, es decir, no puede ser tomado como una presunción “iuris et de iure”, pues ello requiere, a juicio de la Audiencia Nacional, un “enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano”, entre el hecho supuestamente demostrado y la prueba. En concreto, la consideración de “socio y administrador único” del recurrente no es razón suficiente “para suponer irrefutablemente que se trata de entidades de funcionamiento y existencia puramente formal y, por así decirlo, pertenencias de aquél para la realización de actividades y operaciones de carácter económico”.

Tampoco encuentra la Audiencia constancia suficiente de la participación del recurrente en cada una de las sociedades transparentes. El régimen de las sociedades transparentes y su relación con los socios exige en la práctica una liquidación a cada una de las sociedades y la determinación de la base positiva o negativa y su posterior traslado al socio a prorrata de su participación en cada una de ellas, dato que no se hace constar en las resoluciones impugnadas. Por último, en igual medida falta, en opinión de la Audiencia, prueba de la imputación al recurrente de otras operaciones –que figuran a nombre de otros titulares- pues las facultades de gestión de negocios ajenos que el recurrente posee respecto de aquellas otras personas titulares de las operaciones, en ningún caso puede llevar a concluir que las operaciones se han realizado con rentas y rendimientos propios del sujeto pasivo. Expresamente señala la Audiencia “para presumir que los rendimientos han de imputarse a éste, ha de deshacerse primero la presunción de que el sujeto pasivo formal (por ser aquél en quien, en apariencia, se manifiesta la capacidad contributiva) no es coincidente con el real perceptor de las ganancias”.

IV. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN.

1. DOCUMENTACIÓN: ACTAS PREVIAS Y DEFINITIVAS.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2006.

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo aborda entre otras cuestiones la relativa a si es o no conforme a Derecho la calificación del acta como previa y, en consecuencia, la calificación de la liquidación como provisional, tomando en consideración que la comprobación que da origen al acta tenía carácter general.

A tal efecto, la Sala mantiene, a tenor de lo dispuesto en el art.50 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos – en adelante, RGIT -, que las actas previas han de considerarse excepcionales frente a las definitivas ante el hecho de que como regla general las actas de la inspección de los tributos deben contener una propuesta de regularización

total de la situación tributaria del contribuyente por el concepto impositivo y periodo objeto de comprobación, más aún cuando es el propio principio de seguridad jurídica el que exige que, una vez iniciadas las actuaciones inspectoras, el sujeto pasivo tiene derecho a que se defina totalmente su situación tributaria, no pudiendo la Administración tributaria volver a comprobar e investigar el ejercicio e impuesto inspeccionado salvo en los excepcionales supuestos en los que se puedan extender actas previas. Es por ello que sólo serán susceptibles de incoación las actas previas en los supuestos regulados en el art. 50.2 RGIT, dotándose del carácter de previas a las actas que se enumeran de modo taxativo en el art. 50.3 RGIT y, siempre que cuenten con los especiales requisitos de motivación que exige el art. 50.4 RGIT.

En consecuencia, la Sala estima, respecto del caso enjuiciado en el que las actuaciones de comprobación inspectora iniciadas revestían carácter general y no parcial, que el acta incoada no podría tener otra consideración que no fuera la de acta definitiva, al amparo del principio de seguridad jurídica, que se constituye en exigencia de que una vez iniciadas las actuaciones inspectoras se habrá de definir totalmente la situación tributaria del sujeto pasivo, no considerándose suficiente para la incoación de un acta previa, a tenor de la norma señalada, la posterior desagregación del hecho imponible inspeccionado.

En efecto, la Sala concluye que el acta cuestionada tendrá carácter definitivo y la liquidación tributaria en ella contenida revestirá el mismo carácter.

V. RECAUDACION.

1. LA SUCESIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS. LA ESCISIÓN DE UNA SOCIEDAD NO CONSTITUYE UN SUPUESTO DE ESCISIÓN DE EMPRESAS EN SENTIDO ESTRICTO. NO EXIGENCIA DE ACUERDO DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2006.

El interés del pronunciamiento de la Audiencia Nacional se centra en la aclaración de que uno de los supuestos de sucesión de personas

jurídicas, cual es el de escisión de una sociedad en favor, en este caso concreto, de otras cinco sociedades no constituye, a efectos fiscales, un supuesto de sucesión de empresas. Y, más específicamente -siendo este el motivo que se enjuicia por parte del Tribunal mencionado-, no lo es en relación a la aplicación del acto de derivación de la responsabilidad que actualmente regula el artículo 41 de la Ley General Tributaria.

Conclusión, en efecto, a la que llega la Audiencia Nacional a partir de la aplicación al supuesto enjuiciado de lo dispuesto en la normativa mercantil y, en concreto, de lo señalado en los artículos 252 y 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades. Preceptos cuyo contenido conduce a entender, a juicio del Organismo juzgador, que la escisión de una sociedad a favor de otras sociedades no supone un supuesto de sucesión de empresas en sentido estricto sino un “caso de extinción de la primera y subrogación simultánea de las segundas en todos los derechos y obligaciones de la extinguida” (F.J. 4º), razón por la cual no es preciso acto administrativo de derivación de la responsabilidad sino que la Administración tributaria se limitará a notificar el requerimiento correspondiente de pago.

Interpretación, pues, que lleva a la desestimación de la pretensión enjuiciada y que tiene trascendencia, además, porque a la misma se llega desde la aplicación al ordenamiento tributario de lo dispuesto en una rama diversa del derecho como lo es, en este caso, el derecho mercantil.

VI. INFRACCIONES Y DELITOS.

1. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. ADMINISTRADOR SOCIAL. INCRIMINACIÓN PENAL. DERECHO A NO AUTOINCUPLARSE. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2006, de 13 de marzo.

Transcurrido poco más de un año, y a pesar de las críticas doctrinales a la Sentencia 18/2005 (de 1 de febrero), la Sentencia 68/2006 (de 13 de marzo) incurre en un formalismo análogo al de aquélla. En las dos resoluciones, el Tribunal estima que las condenas penales (por delitos contra

la Hacienda Pública) de los recurrentes en amparo no han vulnerado el derecho de éstos a no declarar contra sí mismos, ya que, en ambos casos, entiende que «la coacción legal consistente en la amenaza con la imposición de sanciones por no colaborar con la Inspección de los tributos aportando pruebas y documentos contables [...] se ejerció única y exclusivamente sobre la entidad de la que el recurrente era administrador». Los demandantes de amparo no habrían sido condenados sobre la base de sus propias declaraciones autoinculpatorias realizadas bajo coacción. Así pues, en ninguno de los dos supuestos se considera necesario examinar si los datos reclamados tienen (a la luz de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Saunders v. Reino Unido*, y *J.B. v. Suiza*) una existencia dependiente o independiente de la voluntad del sujeto (Sentencia 18/2005, Fundamento Jurídico 3.º; Sentencia 68/2006, Fundamento Jurídico 4.º). (Partamos de que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, los elementos o materiales –que contengan una declaración de voluntad y/o de conocimiento- aportados coactivamente a la Inspección tributaria por el sujeto al que incriminan, cuando la existencia de aquéllos dependa en último término de la voluntad del mismo, no podrían utilizarse legítimamente contra éste en un proceso por delito contra la Hacienda Pública –o en un procedimiento tributario sancionador-.)

La postura del Tribunal Constitucional ha sido duramente criticada; y, a nuestro juicio, con razón. Indudablemente, resulta de un formalismo «exagerado», con el que el Tribunal acaso pretende «eludir» un pronunciamiento que lo comprometa en cuanto al fondo de una cuestión harto compleja y espinosa; y parece querer «evitar» a toda costa la aplicación de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la materia.

Consideremos que el derecho a no declarar contra sí mismo de un administrador social podría vulnerarse, por ejemplo, si, a pesar de que la información se solicitara (coactivamente) a su entidad, éste fuera socio único de aquélla (incluso cuando aportara dicha información a través de un simple mandatario). Además, cabe que las sanciones impuestas a una sociedad por su falta de colaboración terminaran recayendo sobre el administrador, si éste tuviese una participación significativa en el capital de la entidad; o si procediera aplicar el artículo 43 de la Ley General

Tributaria, que contempla la responsabilidad subsidiaria de los administradores sociales por lo que respecta a las sanciones de las entidades en las que desempeñan su función.

En definitiva, no compartimos la premisa del Tribunal de cara a solucionar este tipo de controversias, es decir, nos desmarcamos a esos efectos de la distinción entre «persona jurídica coaccionada» y «persona física finalmente condenada», ya que esta dicotomía no da una solución satisfactoria a supuestos en los que, como hemos apuntado, el administrador sea socio único, o tenga una participación relevante en el capital de la entidad. Nosotros, apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, abogamos por el criterio de la existencia de los datos, elementos o materiales aportados dependiente o independiente de la voluntad del sujeto; en resumidas cuentas, a nuestro juicio habría de analizarse si la existencia de esos datos, elementos o materiales es independiente o no de la voluntad del administrador.

2. PRESUNTO DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. PASO DEL TANTO DE CULPA. PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CUESTIÓN PREJUDICIAL. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2006.

Ante un presunto delito contra la Hacienda Pública, el Delegado Especial de la Agencia Tributaria en Aragón remite al Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Justicia el expediente relativo a los interesados.

En su momento, el Juzgado de lo Penal competente acuerda la suspensión del juicio, de cara a la tramitación de una cuestión prejudicial de carácter contencioso-administrativo, centrada en materia de transparencia fiscal. Los interesados se dirigen entonces a dicho Delegado Especial, pues consideran necesario un pronunciamiento expreso, sobre su situación fiscal, que constituya el contenido de un acto administrativo impugnado.

Ahora bien, el Delegado Especial de Aragón entiende que, en virtud del artículo 77.6 de la Ley General Tributaria (de 1963), y puesto que

la Administración ha apreciado que la conducta de los interesados puede ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, el procedimiento de comprobación e investigación queda paralizado, y no es posible su continuación «mientras –como establecía literalmente dicho artículo- la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal». Tal es, en sustancia, el contenido de la comunicación del Delegado Especial a los interesados. Se indica, además, a éstos, que dicha comunicación constituye un acto de trámite no susceptible de recurso (lo cual confirma el pronunciamiento jurisdiccional que nos ocupa).

Destacaremos las siguientes afirmaciones de la Audiencia Nacional:

“... la Administración no podía acceder a lo solicitado al no darse, en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Penal [...] ninguno de los supuestos señalados en el artículo 77.6 de la L.G.T. a efectos de continuar el procedimiento, sentencia firme, sobreseimiento o archivo de las actuaciones o devolución de expediente.

Pasado el tanto de culpa a la jurisdicción penal, a la Administración le estaba vedado todo pronunciamiento dirigido a definir la situación tributaria de los contribuyentes, pues en caso contrario se infringiría el artículo 77.6 de la L.G.T.

La única cuestión, en ese caso a plantear, era la antes indicada, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de la entidad [...], tal como acordó el Juzgado de lo Penal. Ese carácter de «órgano contencioso competente» no lo ostenta el Delegado Especial de la A.E.A.T.

Si cabía o no acudir a esta jurisdicción, respecto de la citada entidad, o si la situación de la sociedad había devenido firme y consentida es cuestión ajena a este proceso, aunque resulta claro, tal como señala la resolución recurrida, que la solicitud planteada y resuelta por el Delegado es totalmente ajena a lo que constituye el objeto de la cuestión prejudicial. Si ello es así, resulta evidente que no puede hablarse de que a los acto-

res se les causó indefensión, ni se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues aquellos han alegado tanto en vía administrativa como en esta judicial cuanto han considerado conveniente a su derecho.”

VII. REVISIÓN.

1. NULIDAD DE PLENO DERECHO. COMPETENCIA DEL ÓRGANO.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 2006.

El objeto de impugnación de este recurso de casación interpuesto es una Resolución del Ministro de Economía y Hacienda denegatoria de la solicitud de revisión de oficio de la liquidación practicada en concepto de Derechos Reguladores a la Importación, al constatar que no se daban ninguno de los presupuestos del art. 153 LGT de 1963.

A estos efectos, la pretensión de la recurrente se sostenía sobre el alegato de un vicio de nulidad radical porque el acto de liquidación se había practicado por órgano manifiestamente incompetente –en el caso, la Aduana de Bilbao-, al contenerse la habilitación competencial a dicho órgano en una disposición que posteriormente fue declarada nula. Asimismo, se denuncia la incompetencia material de la Aduana de Bilbao que practicó la liquidación por carecer de competencia para hacerlo al venirle asignada por una disposición que carecía de competencia para ello.

No obstante, en lo concerniente a la primera cuestión, el Tribunal Supremo recuerda que las liquidaciones se practicaron en aplicación de normas jurídicas entonces vigentes, a pesar de que en un momento ulterior fuesen declaradas nulas y, por tanto, no puede apreciarse falta manifiesta de competencia.

Respecto a la segunda cuestión, el Tribunal recuerda que las sentencias aducidas como declarativas de la nulidad de los Decretos habilitadores de la competencia puesta en cuestión, fueron dictadas en recursos indirectos, no en recursos directos dirigidos a la anulación de la disposi-

ción misma y, por tanto únicos susceptibles de expulsarla entonces del ordenamiento. Así, al tratarse de un recurso indirecto, su finalidad es exclusivamente la anulación del acto de aplicación y “la nulidad de la disposición que sirve a éste de obligado antecedente funciona sólo como motivo de la pretensión anulatoria de aquél”. En consecuencia, concluye “los efectos de las sentencias anulatorias de dichos actos aplicativos no pueden trasladarse a otras liquidaciones no impugnadas en tiempo y forma y, por el mismo razonamiento, la impugnación del acto tributario de aplicación exige su planteamiento potestativo en reposición o la reclamación económico-administrativa pertinente” (FJ. 3º).

Pues bien, en el presente caso la entidad recurrente presentó su solicitud de revisión de las liquidaciones y de devolución de ingresos indebidos fuera de los plazos legales establecidos, de forma que la Aduana de Bilbao que liquidó no podía considerarse órgano manifiestamente incompetente ni podía obtenerse devolución de ingreso alguno de aquellas liquidaciones (FJ. 3º).

2. SUPUESTOS DE ANULABILIDAD. IDÉNTICO FUNCIONARIO COMO ACTUARIO E INSPECTOR.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de diciembre de 2005.

En esta sentencia se dilucida un recurso contencioso-administrativo contra una Resolución del TEAR de Cantabria formulada contra dos liquidaciones de la Inspección giradas por el Impuesto sobre Sociedades.

De entre los motivos de impugnación, nos interesa destacar aquél fundamentado en la prescripción del derecho a liquidar de la Administración. La argumentación reside en alegar que se habría producido la prescripción de dicho derecho, pues aunque entre las fechas del *dies ad quem* y *dies a quo* se habían producido actuaciones, las mismas fueron declaradas nulas y sin valor por otra sentencia del mismo TSJ.

Indudablemente, el Tribunal zanja la cuestión de la siguiente forma: “esta alegación no puede acogerse, toda vez que las resoluciones

que ahora se impugnan no son más que consecuencia de la referida sentencia que anulaba otros acuerdos anteriores en los que el mismo funcionario intervino como actuario de la investigación y como Inspector que dictó los acuerdos, acodando en aquella la retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior al denunciado, no ofreciendo la indicada sentencia duda alguna sobre su alcance, referido aun supuesto de anulabilidad, sin que ahora pueda modificarse la misma por entender que se trata de un supuesto de nulidad absoluta por estar dictados por persona manifiestamente incompetente, que no es el caso, toda vez que tenía competencia para dictarlos” (FJ. 2º).

3. NULIDAD DE PLENO DERECHO. INCONGRUENCIA RESPECTO DE CUESTIONES PLANTEADAS EN RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de Septiembre de 2005.

En el presente litigio se plantea un recurso contencioso-administrativo deducido contra una Resolución del TEAC sobre una liquidación girada en concepto de IRPF.

Constituye objeto del recurso no sólo los acuerdos liquidatorios, sino también la imposición de sanción correspondientes a los ejercicios regularizados por dichos acuerdos.

Aunque el fondo del asunto giran sobre un problema de prueba en el procedimiento de gestión —en concreto, los requisitos de admisibilidad de las presunciones como medio de prueba—, la Audiencia adopta su *ratio decidendi* en razón de aspectos formales que, adelantamos, llevan a la estimación del recurso contencioso-administrativo. Así, interesa destacar del conjunto de alegaciones aducidas la “flagrante incongruencia omisiva” en relación con las pretensiones planteadas en la reclamación formulada ante el TEAC.

Para la Audiencia Nacional constituye actividad obligada del TEAC, de acuerdo al principio de buena fe, dar respuesta a la extensa y motivada serie de defectos formales y materiales, denunciados por la

parte recurrente, de que se encontraría aquejado el expediente administrativo y los actos de liquidación y sanción con que éste termina. A ello se añade que “la presunción de legalidad (...) no lo es para el órgano revisor, que debe analizar la conformidad a derecho de las resoluciones sometidas a impugnación sin perjuicios de clase alguna y previa verificación de que tales actos no están aquejados de vicios determinantes de su invalidez, incluso aunque los correspondientes motivos no hubieran sido planteados expresamente por el interesado” (FJ. 19º).

La Audiencia observa que el TEAC omite toda consideración acerca de alegaciones como la falta de audiencia al interesado o el valor probatorio de datos que se alegan como motivos de nulidad por la parte recurrente, tomando “los hechos afirmados por la Inspección como si fueran intangibles” sin el oportuno razonamiento. Ello acarrea como consecuencia, a juicio de la Audiencia, la “desnaturalización” de la función propia de la vía económico-administrativa, “configurada en la Ley como garantía adicional del contribuyente” y considerada como función revisora “cuasi jurisdiccional”.

De igual modo, la Audiencia subraya la falta de atención debida a las denuncias presentadas respecto de la liquidación correspondiente al ejercicio 1990, pues “en armonía con las exigencias del principio de buena fe, se requiere analizar una a una las operaciones puestas en duda por el sujeto pasivo como fundamentadas del incremento injustificado de patrimonio que es objeto de gravamen, valorando las alegaciones en que se sustenta la reclamación”. Sin embargo, el TEAC se limita a ratificar lo que la Inspección ha comprobado sin contraste de alegaciones y pruebas, “lo que convierte la mera presunción “*iuris tantum*” de licitud de los actos (...) en una especie de presunción “*iuris et de iure*” que hace estéril e innecesario cualquier esfuerzo de la parte por tratar de acreditar el origen de los fondos” (FJ. 20º).

Una vez afirmada la falta de congruencia en el pronunciamiento del TEAC impugnado, la Audiencia Nacional determina entrar en el fondo del asunto para no añadir una carga adicional al recurrente como consecuencia de la retroacción de las actuaciones y la obligación de buscar una nueva Resolución dictada de forma congruente y motivada de aquel órga-

no. Pues bien, la falta de pruebas aportadas por la Inspección y argumentación a la que pueda atribuírsele cierta credibilidad hacen que la Audiencia Nacional determine la estimación de la demanda y la consiguiente nulidad de los actos administrativos objeto el recurso, equiparando la falta de detalle en la contestación a la demanda a la ausencia de razones válidas para oponerse a la demanda. En otro caso, se quebraría el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que impide situaciones procesales de formal oposición trasladen a la parte el peso exclusivo de la alegación y prueba (FJ. 23º).

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

1. RENTAS EN ESPECIE. ENTREGA DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN LA EMPRESA. IMPUTACIÓN TEMPORAL.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo.

Debe significarse que las cuestiones jurídicas que se plantean en la demanda son dos: a) en primer lugar, la consideración de los rendimientos procedentes del ejercicio de la opción sobre acciones, derivado de un contrato suscrito con la compañía mercantil X, SA, para la que trabajaba el recurrente, como rendimientos del trabajo personal, como sostiene la Administración o por el contrario, como ganancia o incremento patrimonial, tesis que suscribe el demandante; y b) la imputación temporal de tales percepciones, bien al ejercicio en que pudo ya ejercitarse el derecho de opción por haber transcurrido el plazo contractualmente pactado como de mínima permanencia en la empresa por parte del trabajador, que era 1997, según sostiene el recurrente; o, por el contrario, el ejercicio de efectiva materialización del derecho, esto es, 1999, que es la opinión de la Administración.

En orden al enjuiciamiento sobre la calificación fiscal dada por la Administración tributaria a las cantidades obtenidas en el período de referencia como consecuencia del ejercicio de determinadas opciones de compra sobre acciones de la Compañía que le fueron concedidas al Sr.xxx por la dirección de la filial española X, SA, para la que presta sus servicios, rentas que, en su opinión, deben ser calificadas como ganan-

cias patrimoniales y no como rendimientos del trabajo en especie, según criterio de la Oficina Gestora, debe señalarse que tal como expone el recurrente y recoge el TEAR en su resolución de 24 de junio de 2003, «dichas opciones de compra le fueron concedidas el día 5 de marzo de 1992 bajo las siguientes condiciones: 1. La entrega se realiza gratuitamente, permitiéndole, a él o a sus herederos, y llegado el momento de su vencimiento o acaecida alguna de las contingencias cubiertas por el Plan (fallecimiento o invalidez), adquirir una acción de la mencionada compañía por cada opción de compra ejercitada, al precio fijo establecido en el contrato de entrega; 2. La adquisición de las acciones por el ejercicio de las opciones de compra ejercitadas en el período de referencia está vinculado al mantenimiento de la relación laboral durante un período de cinco años desde la fecha de la concesión, es decir, desde el 5 de marzo de 1992 hasta el 5 de marzo de 1997; y 3. El contrato tiene una duración máxima de 15 años, período dentro del cual, y una vez transcurrido el tiempo exigido de permanencia en la empresa de cinco» años, puede, a partir de ese momento, ejercitar su derecho de compra en cualquier momento, siempre dentro de aquel plazo máximo.

Pues bien, y con base en lo dispuesto en la Ley 44/1998, de 9 de diciembre del IRPF, la concesión de opciones de compra de acciones de una empresa a los empleados de ésta o de otras entidades del grupo, residentes o no residentes, por su condición de tales, debe calificarse como rendimiento del trabajo en especie y se devengará, con carácter general, al tiempo de ejercitarse la opción y adquirirse las acciones. No existe duda alguna -en el caso concreto que se examina según explicita la Sala haciendo suya la doctrina sentada por el TEAR- "que dicha concesión de opción de compra de acciones se lleva a efecto en virtud de la relación laboral entre la empresa concedente del derecho y el reclamante, y que el vínculo con el trabajo personal dependiente de éste es en todo caso indudable, no sólo en el momento del cumplimiento de la condición de permanecer al menos cinco años en la empresa sino también, sin duda, posteriormente a ese momento, que tiene en general un momento inicial para el ejercicio de aquel derecho y un momento final, que no es otro que el plazo máximo de 15 años, lo que supone que, siempre y en todo caso, la concesión del derecho provenga de su relación laboral y, en consecuencia, le sean de aplicación los preceptos citados, sin que tampo-

co pueda alegarse, como se pretende, y tratando de probar una actuación incongruente por parte de la Oficina Gestora, que debería haberse aplicado por parte de ésta el criterio de devengo del artículo 14, el cual se retrae al ejercicio de 1997, en que se cumple aquella condición de permanencia en la empresa, ya que la exigibilidad, que rige dicho principio, se produce cuando se ejercita efectivamente la opción, por cuanto ese ejercicio es libre dentro del plazo máximo señalado en el contrato y supone por tanto una condición de éste. Todo lo cual, por consiguiente, lleva a este Tribunal a desestimar las alegaciones actoras, ya que no puede en ningún caso pretenderse que se trata de una ganancia patrimonial, definida conceptualmente en el artículo 31 de la mencionada Ley reguladora del Impuesto, ya que sólo en el caso de la venta posterior de las acciones una vez ejercitado el derecho a la opción de compra de éstas se produciría el supuesto de ganancia o, en su caso, pérdida patrimonial” (FJ. 5º).

Esta misma doctrina había sido puesta de manifiesto por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 23 de junio de 2002, en la que se establecía: “«b) en segundo lugar, se razona en la demanda que, puesto que los rendimientos del trabajo personal son objeto de esta reducción cuantitativa, limitadora del efecto de periodificación de los rentas irregulares, la discriminación a que se ha hecho referencia se agrava por comparación con los demás rendimientos igualmente irregulares pero no prevenientes del trabajo personal, sino de otros orígenes (así, las previsiones establecidas en el artículo 21.2, en relación con los rendimientos del capital inmobiliario; del artículo 24.2 para los rendimientos del capital mobiliario; del artículo 30 para los rendimientos procedentes de las actividades económicas) pues, según se razona en la demanda, la misma razón por la que el legislador establece un límite por encima del cual las rentas irregulares se tornan regulares, al desaparecer respecto del exceso la reducción que hacía posible su tratamiento diferenciado, justificado por el elemento temporal de su percepción, en el caso de los rendimientos del trabajo personal, debería extenderse al tratamiento de los rendimientos cuya regulación se dispersa en el régimen de cada una de las fuentes de renta reseñadas, pues aunque unas y otras pueden ser objeto de un régimen fiscal diferenciado, lo que no supondría, por ese mismo hecho, inconstitucionalidad alguna, habría sido necesario justificar, formal y materialmente, el porqué de esa discriminación, es decir, las razones conducentes a

que unos rendimientos padezcan un régimen tributario más oneroso que otros de idéntica naturaleza pero de distinto origen o procedencia económica, esto es, que la diferencia de trato obedeciera a una causa constitucionalmente lícita para determinar esa distinción entre unas y otras; máxime cuando sería conceptualmente posible la percepción de rendimientos exactamente iguales, procedentes de un contrato de idénticas características, por quien no fuera trabajador de la empresa (por ejemplo, quien prestase un servicio de carácter profesional), siendo así que, en el caso de que los rendimientos percibidos hubieran de ser gravados como derivados del trabajo personal -por razón del vínculo laboral habilitante de las "stock options"- el gravamen sobre dicha renta sería sustancialmente más oneroso para su perceptor que si los mismos rendimientos, producidos en cumplimiento de idéntico contrato, obedecieran a causa ajena a la relación de trabajo, en cuyo caso no jugaría el límite cuantitativo impuesto en la reforma de la Ley 55/99 para los primeros, no así para los segundos ni para otros de otra clase».

«c) Finalmente, la discriminación padecida, según se alega, vinculada con lo que se ha dicho en el punto anterior, en relación con el tratamiento fiscal de las ganancias patrimoniales, que la Ley denomina en la actualidad "ganancias y pérdidas patrimoniales" y que tradicionalmente se denominaban "incrementos (o disminuciones) patrimoniales". Se viene a decir, para atribuir peso al argumento, de una parte, que en la reforma legal, si no de manera explícita, sí de una forma latente pero inequívoca, se encontraba el designio de "castigar" la obtención de rendimientos procedentes del ejercicio de opciones sobre acciones de la empresa a la que pertenece el trabajador y que constituyen la razón de ser que late bajo esta reforma, aun cuando no se las cite de forma expresa, sino se las englobe bajo la categoría más general, a la que pertenecen, de rendimientos irregulares, en el sentido arriba descrito. En ese caso, el ejercicio de las conocidas en el mundo financiero como "stock options" -expresión que conoció una gran notoriedad social, al igual que el fenómeno a que se referían- no serían otra cosa, si se desgajaran de su origen laboral, que ganancias de patrimonio, toda vez que por razón del contrato que da lugar a ellas, el beneficiario de la opción puede elegir, al vencimiento del período pactado, entre incorporar a su patrimonio las acciones sociales sobre las que la opción, podía ejercitarse, o bien realizar su importe, esto es,

enajenarlas obteniendo la correspondiente plusvalía. Este fenómeno económico determina, en sí mismo, dada la naturaleza de su objeto jurídico y los efectos que produce, una ganancia patrimonial que, si no estuviera determinada por el origen laboral que en este caso da lugar a su aparición, sería gravada como una ganancia de las previstas y definidas en el artículo 31.1 de la Ley 40/1998, que establece que “1. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos”, siendo así que el régimen tributario de las ganancias patrimoniales es sumamente más beneficioso para quien las experimenta que el asignado a los rendimientos del trabajo obtenidos de forma irregular en el tiempo, sin que tampoco aquí exista causa que justifique esta diferencia de trato»”.

Debe añadirse a lo anterior que, como ha quedado señalado, la Ley 46/2002, aunque inaplicable «ratione temporis» al presente caso, introduce una modificación de los preceptos examinados que incorpora la calificación de los derechos de opción de compra sobre acciones y otros títulos como rendimientos del trabajo personal, lo que constituye un reforzamiento de la interpretación sostenida, en la medida en que adquiere carta de naturaleza una figura específica que encuentra su encaje legal en la categoría expresada de los rendimientos del trabajo, lo que permite llegar a la conclusión de que lo que anteriormente estaba implícito o englobado en una fuente de renta genéricamente considerada, ahora se ubica de manera explícita entre los rendimientos del trabajo, y que consiguientemente ya lo era en el estado anterior a esta previsión explícita, pues la nueva regulación no supone una ruptura sustancial del régimen y naturaleza de estos rendimientos que permitiese llegar a la conclusión contraria, sino que, por el contrario, se limita a partir de la base de una institución preexistente y a darle su encaje legal, sin plantearse dudas ni controversias sobre su naturaleza. Obvio resulta, fija la Sala de este régimen legal, en cuanto incorpora preceptos de índole interpretativa, “que los derechos a que nos venimos refiriendo son rendimientos del trabajo personal, no sólo tras la Ley 46/2002, que se refiere expresamente a ellos, sino con anterioridad, como con toda evidencia se desprende de su naturaleza, justificación y origen, pues las opciones derivan de una relación

laboral y están concebidas como una forma diferida y privilegiada de retribución de servicios, anudada al cumplimiento de determinados requisitos relacionados directamente con ese vínculo, como lo es la permanencia en la empresa y la salvedad del despido, que no afectaría a su percepción en determinadas condiciones” (FJ. 7º).

En cuanto a la imputación temporal, tampoco compartimos la tesis del recurrente que retrotrae al momento en que la acción se pudo ejercitar, coincidente con el transcurso de los cinco años de permanencia en la empresa a partir del cual podía ser ejercitada la opción. El recurrente, en este punto, sostiene que el rendimiento debió ser imputado al ejercicio 1997, que es aquél en que se cumplió la condición suspensiva que abría la posibilidad de ejercicio del derecho de opción, en tanto que la Administración refiere el gravamen, en la liquidación provisional, al ejercicio 1999 en que se realizó efectivamente la opción de compra, mediante la adquisición de las acciones correspondientes a que previamente se optaba. El recurrente se funda, para apoyar su interpretación, en lo dispuesto en el artículo 14 de la LIRPF de 1998.

A tal respecto, se considera en la demanda que la exigibilidad es coincidente con la posibilidad de ejercicio de la opción, lo que ocurrió a partir del 5 de marzo de 1997, pero tal criterio es insostenible pues lo que sucede, en realidad, según mantiene la Sala, “no es que estemos ante un problema de imputación temporal de unos determinados rendimientos, sino ante la inexistencia de rendimiento alguno hasta tanto no se ejercitase la opción pues, en los momentos anteriores a ésta, no había devengo ni exigibilidad alguna, pues esta exigibilidad habría requerido, en el plano conceptual, la existencia de un derecho válido, completo y eficaz, en tanto que el vencimiento en 1997, lo único que significa es el momento a partir del cual y por virtud de un acto de voluntad, se puede hacer efectivo el ejercicio del derecho pero, mientras tanto éste se ejercita o no, no puede hablarse de exigibilidad, que es la potencialidad para que un crédito o derecho de contenido económico pudiera ser reclamado, lo que no sólo requiere el cumplimiento de la primera condición -el transcurso del período de cinco años contractualmente previsto- sino también el de otra condición, cual es su ejercicio voluntario, en cuanto a la elección del momento que considerase oportuno, siempre dentro del límite máximo también

establecido en el contrato, de quince años, pues la imputación temporal es el conjunto de normas que determinan la inclusión en un ejercicio u otro de un rendimiento o gasto ya dado, sin que sea extensible su aplicación a aquellos supuestos como el presente en que, en el momento al que atribuye el recurrente el obligado gravamen, aún se desconocía el importe y las condiciones y circunstancias esenciales de los rendimientos, sólo conocidos con ocasión del efectivo ejercicio" (FJ. 8º).

2. EXENCIONES. INDEMNIZACIÓN PERCIBIDA POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL COMO CONSECUENCIA DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. LÍMITE DE LA EXENCIÓN.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de marzo.

La cuestión objeto del presente litigio se centra en determinar si está o no exenta de tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la cantidad percibida en el ejercicio de 1996 como consecuencia del cese de la relación laboral del recurrente en la empresa X de España, SA. En este sentido debe señalarse que sólo se encuentran exentas, conforme establece el art. 9, d) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas «Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa reglamentaria de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato». Es decir, se establece el requisito de que la indemnización sea la establecida con carácter obligatorio por el Estatuto de los Trabajadores y que no se haya establecido por virtud de convenio pacto o contrato, constando en el expediente administrativo que el cese de la relación laboral se produjo como consecuencia del Expediente de Regulación de Empleo.

Pues bien, si dicha indemnización no es consecuencia de un despido declarado improcedente sino de una extinción de la relación laboral como consecuencia de expediente de regulación de empleo, pues no consta que se haya seguido el procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores, para la declaración del despido como improcedente,

determina “que no puede considerarse que la indemnización sobre la que se practica retención sea la establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, sino como consecuencia de un convenio o pacto, ya que constituye un exceso sobre la fijada en dicho Estatuto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en su art. 51.8 que establece «una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades» sin que pueda considerarse la ausencia de voluntariedad por parte del trabajador pues es éste el que se adhiere al expediente de regulación de empleo, y si consideraba que la extinción de la relación laboral debía calificarse como despido improcedente, debía haberlo instado ante la Jurisdicción Laboral, pues no puede declararse dicha extinción como despido improcedente a efectos tributarios mientras no exista un pronunciamiento en tal sentido por la Jurisdicción Laboral, por lo que estamos ante un supuesto en el que no procede la exención y, en consecuencia, es conforme a Derecho la resolución recurrida en este punto” (FJ. 4º).

3. BASE IMPONIBLE. REDUCCIONES POR PERÍODO DE GENERACIÓN. RENDIMIENTOS CON PERÍODO DE GENERACIÓN SUPERIOR A DOS AÑOS. PERCEPCIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA, ASEGURADA MEDIANTE PÓLIZA DE SEGURO COLECTIVO. GENERACIÓN DEL RENDIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS LABORALES.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de marzo.

Es objeto del presente recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria las Resoluciones de fecha 30 de septiembre de 2005, dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cantabria por la que se desestiman las reclamaciones económico administrativas presentadas por los recurrentes contra las liquidaciones provisionales de los Impuestos de la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003, giradas por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Todos los citados acuerdos resultan desestimatorios de las peticiones de los recurrentes, prejubilados de Telefónica, SA, del reconocimiento del carácter irregular de las rentas de prejubilación que perciben como

consecuencia de los acuerdos suscritos por dicha empresa acogidos a los programas ofertados para empleados fijos de plantilla y que reuniesen las condiciones de edad referidas en la demanda.

Admite la Administración recurrida que este el presente recurso se ciñe a una controversia estrictamente jurídica y en la que esta Sala ya mantiene un criterio sostenido lo largo de diversas resoluciones habiéndose interpuesto recurso de casación en interés de Ley ante el Tribunal Supremo, dada la disparidad de interpretaciones mantenidas por las distintas Salas de lo Contencioso de España. De él nos ocuparemos después de dejar constancia de la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia.

En estos términos planteado el debate, en virtud del principio de seguridad jurídica y por razones de coherencia, la Sala no puede sino ajustarse a lo ya manifestado en otras resoluciones. Los programas ofertados a los trabajadores de Telefónica asegurados mediante una Póliza de Seguro Colectivo de Rentas suscrita con la Compañía de Seguros de Vida y Pensiones Antares, han sido analizados por la Sala siendo así que la Sentencia de fecha 4 de marzo de 2003, para Telefónica ya sostuvo que «se trata de una prejubilación voluntaria y posterior jubilación anticipada, compensada por el empleador, mientras dura la situación, con una renta mensual; a la vista de lo cual, resulta que no se incide en ninguno de los supuestos que posibilitarían la reducción, establecida legalmente para evitar o mitigar la progresión del Impuesto por la obtención de ciertas rentas, porque no es un rendimiento obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo puesto que no está calificado como tal en la norma reglamentaria, y porque su obtención es periódica en forma de renta, mes a mes, lo que le imprime carácter regular sea cual fuere su período de generación; en consecuencia, no resulta de aplicación la reducción pretendida, que tampoco ha sido consignada por el pagador en el apartado al efecto del certificado de retenciones, y al no apreciarse por este Tribunal falta de motivación que produzca indefensión o invalide la liquidación, hay que confirmarla por ser conforme a Derecho, sin que ello se vea desvirtuado por las sentencia salegadas, máxime teniendo en cuenta que, en este caso, es de aplicación la nueva normativa contenida en la Ley 40/1998, vigente a partir de 1 de enero de 1999, que difiere sustancialmente de las precedentes Leyes reguladoras del Impuesto».

Centrado el problema de las resoluciones, no en el de sujeción a tributación de las cantidades percibidas durante los períodos de prejubilación y de jubilación anticipada, punto en que ambas partes coinciden, sino si dichas cantidades pueden tener el tratamiento de renta irregular y acogerse a la reducción contemplada en el art. 17.2 de la Ley 40/1998. Las resoluciones recurridas sostienen que ello no es posible. Ante ello la Sala discrepa en base a la siguiente argumentación: “En primer lugar, por cuanto, como ya había adelantado la doctrina del Tribunal Supremo, «nada obsta a lo anterior que dicha cantidad percibida por el concepto de jubilación anticipada pueda tener el tratamiento de renta irregular, dentro del límite legal» (ver sentencias TS, Secc 2ª, de 30 de mayo de 2002, recurso 2230/97; 18 de julio de 2001, recurso 3210/96; de 10 de julio de 1999, recurso 6930/94, etc.). Y, en segundo lugar, por cuanto es claro que el período de generación del rendimiento es el período de prestación de servicios laborales retribuidos y que dicho rendimiento es fijado en el momento de suscripción del contrato de prejubilación, y se percibe de forma fraccionada mensualmente hasta la edad de jubilación, sin que del mero dato de la percepción mes a mes quepa concluir que la renta sea regular ya que para ello se ha estado prevenido en el art. 10.2 del Reglamento (cuya aplicación a todos los supuestos no se discute, constatando en todo caso que el cociente entre los años de servicio prestados el número de años que restan por cumplir hasta los 65 es superior a 2), con la consiguiente aplicación de la reducción prevista en el art. 17.2 de la Ley, en sus diferentes regulaciones. En consecuencia el recurso es de estima” (FJ. 4º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

1. BASE IMPONIBLE. GASTOS DEDUCIBLES. RETRIBUCIONES A ADMINISTRADORES. REQUISITOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2006.

El fondo del asunto planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha se centra en determinar la naturaleza jurídica de las contraprestaciones satisfechas a los miembros del Consejo de

Administración, y más concretamente, fijar si son retribuciones del capital, o lo fue en concepto de retribución por los servicios prestados. Por su parte, la actora firmó el acta de conformidad, acta que establecía que la entidad dedujo 60 millones en concepto de gasto por retribuciones al Consejo de Administración, considerando que de esta cantidad 40 millones se consideran retribuciones al capital propio, y por tanto no tienen el carácter de fiscalmente deducibles en el sentido del art. 14.a del Impuesto sobre Sociedades.

En relación con el tratamiento fiscal de las retribuciones a los miembros del Consejo de Administración, la Sala acude al art. 14 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y el art. 125 del Reglamento que establecen que no tendrán la consideración de partidas deducibles las cantidades destinadas a retribuir directa o indirectamente el capital propio cualquiera que sea su denominación. Por su parte, el art. 130, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, determina: «La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haber reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido».

De este modo y a los efectos fiscales que nos interesan, de la lectura de estos preceptos, tal y como deduce el TSJ, se desprende que la fijación de la retribución de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad, se debe producir estatutariamente; debe ser prevista y fijada en los Estatutos sociales, de forma que en el supuesto de que no se contemplasen y se quisiera pretendiese su regulación, se ha de proceder a la reforma de los mismos. Esta facultad corresponde a la Junta General, de conformidad con lo establecido en el art. 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Además, y si acudimos al artículo 13.d) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, de Impuesto sobre Sociedades, este precepto incluye entre los gastos necesarios que se pueden deducir de los rendimientos íntegros del sujeto pasivo, para la determinación de los rendimientos netos, entre

otros, «las cantidades devengadas por terceros en contraprestación directa o indirecta de servicios personales, siempre que dichos terceros estén relacionados con la actividad económica productiva correspondiente, en particular; 1 las cantidades destinadas por el sujeto para fines sociales. 2 Las cantidades destinadas por el sujeto pasivo al seguro de accidentes del personal. 3. Las asignaciones del sujeto pasivo a las instituciones de previsión del personal, siempre que su administración y dirección no corresponda a aquel».

Así las cosas, resulta necesario para la deducción de los honorarios percibidos por los administradores, que existiese una relación laboral, incumbiendo probar la sociedad actora, con arreglo al artículo 114 de la Ley General Tributaria de 1963, que las referidas retribuciones abonadas y cuya deducción pretende correspondían de forma efectiva a la prestación de servicios relacionados con la actividad productiva de la sociedad.

Pues bien, en el presente caso, y tal y como determina el Tribunal “no consta ningún documento relativo al ejercicio de 1991 en el que se justifiquen los servicios prestados por los administradores de donde se deriven las retribuciones establecidas y pagadas. Por el contrario, ha quedado acreditado que la retribución fue proporcional a la participación de los grupos familiares en el capital social de la interesada, es decir, con la misma cantidad a cada sociedad: un 20% del total; que las retribuciones recibidas por las citadas sociedades administradoras durante los ejercicios 1991 a 1994 ha conservado siempre la misma proporción (20% para cada una); finalmente, ha quedado acreditado que la Administración se encomendó a cinco sociedades cuyos administradores son a su vez administradores de la sociedad, salvo en un caso en que el administrador es un hijo de un administrador de la sociedad. Además, la parte recurrente no ha probado gestión alguna, contrato o documento que acredite la prestación de efectivos servicios por parte de los administradores. Del contenido de de la diligencia de fecha 6 de noviembre de 1998 y de un escrito sin fecha presentado por la entidad se deduce que los administradores se reunían los fines de semana que de sus reuniones o actuaciones no existe ningún registro formal que documente su contenido o sus relaciones. En consecuencia, la falta de justificación de la actividad de los administradores, su condición de socios, la circunstancia de que las retribuciones se

efectúen en proporción a sus participaciones en el capital social y que se prestó conformidad al acta en la que se afirmaba que eran retribuciones del capital propio, permiten concluir que la regularización practicada es ajustada a derecho” (FJ. 3º).

2. BASE IMPONIBLE: AJUSTES SOBRE EL RESULTADO CONTABLE: AJUSTE NEGATIVO POR EL IMPORTE DE LOS INTERESES PERCIBIDOS POR LA TITULARIDAD DE TÍTULOS DE LA DEUDA PÚBLICA DE BRASIL, NO SUJETOS AL IMPUESTO EN ESPAÑA EN VIRTUD DEL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 29 de julio de 2005.

Centrada la cuestión litigiosa en la fijación de si cabe apreciar la existencia de minusvalía en la enajenación de unos títulos (en este caso, bonos de deuda austríacos) que generan unos intereses explícitos y que experimentan una notable minusvalía tras ser percibidos aquellos, de tal manera que al estar exentos (en virtud de Convenio) los intereses se aplica la minusvalía sin gravar los intereses, la Sala, en base al sentido estricto las normas tributarias (preceptos reguladores de la imputación de los distintos tipos de rendimientos de la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, pues los rendimientos y alteraciones de patrimonio se imputan a la demandante en virtud de transparencia fiscal) se obtiene el resultado pretendido por la parte actora. La Administración, por el contrario, entiende que se está produciendo la deducción de una minusvalía ficticia y para evitarlo entiende -en sede del Tribunal Regional, pues en vía administrativa inspectora se había acudido incluso a la figura del negocio indirecto, descartada por el Tribunal Regional- que los criterios de imputación contable hacen que deba de considerarse que el valor de adquisición tiene que ser minorado en la parte correspondiente a los intereses.

En este punto, la Sala aprecia que “la decisión de contabilizar los bonos en cuanto a su precio de adquisición por el íntegro, llevando los intereses a los ingresos y contabilizando su rentabilidad como tales, produciéndose consecuentemente una minusvalía, al ser una opción permitida por las normas societarias y contables está dentro de las posibilida-

des legales del sujeto pasivo, quien -en lógica planificación fiscal- opta por el criterio que le va a ser más beneficioso y, por ende, si el gravamen de los intereses está exento en virtud de Convenio, es razonable y legítimo que compute el precio de enajenación en su integridad para poder obtener así una minusvalía a efectos fiscales. Esta posibilidad era conocida por el Estado, pues se evidencia de la legislación y conceptos tributarios, y pudo ser evitada previendo lo contrario expresamente en la legislación del Impuesto o en el propio Convenio; no haciéndolo así, no cabe ahora acudir a complejas interpretaciones que restringen las previsiones financiero-fiscales de los sujetos pasivos suscriptores de los bonos exentos en cuestión y contradiciendo, en suma, el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución” (FJ. 2º).

X. NO RESIDENTES.

1. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. TRANSMISIÓN DE DEUDA PÚBLICA. RETENCIÓN. CUPÓN CORRIDO.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2005.

En su redacción originaria, el artículo 17 (apartado 2) de la antigua Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, 18/1991 (de 6 de junio), establece: «Los intereses e incrementos de patrimonio derivados de la Deuda Pública, obtenidos por personas físicas no residentes que no operen a través de establecimiento permanente en España, no se considerarán obtenidos o producidos en España». Con la reforma del artículo 17, en 1995, queda dispuesto que «Estarán exentas las siguientes rentas:/ [...] b) Los intereses e incrementos de patrimonio derivados de la Deuda Pública, obtenidos por personas físicas no residentes sin mediación de establecimiento permanente en España».

Pues bien, según la Disposición Adicional 15.^a de esa misma Ley, «En las transmisiones de valores de la Deuda del Estado con rendimiento explícito para los que se haya establecido un régimen especial de devolución a no residentes de las retenciones practicadas, efectuadas dentro de los treinta días inmediatamente anteriores al vencimiento de su cupón,

por personas físicas o entidades residentes en favor de personas físicas o entidades no residentes sin establecimiento permanente en España, tendrá la consideración de rendimiento del capital mobiliario para el transmitente la parte del precio que equivalga al cupón corrido del valor transmitido. Dicho rendimiento será objeto de retención a cuenta, que será practicada por la Entidad Gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones que intervenga en la transmisión» (la negrita es nuestra).

En síntesis, para evitar la aplicación de la referida Disposición Adicional, se alega que, en el supuesto controvertido, la transmisión de Deuda Pública ha sido efectuada por una **entidad no residente** (la cual opera a través de establecimiento permanente en nuestro país).

La Audiencia Nacional considera, por el contrario, que la previsión contenida en dicha Disposición resulta aplicable al caso. Procede, pues, la retención sobre el importe correspondiente al cupón corrido. La Audiencia se remite a su Sentencia de 16 de octubre de 2003 (recurso 779/2000); entiende que «los no residentes con establecimiento permanente sí están sometidos a tributación por estas rentas y están obligados a soportar la pertinente retención». Según la Audiencia, «En este esquema ha de encajar la previsión introducida en la Disposición Adicional 15.^a que [...] se incluyó en nuestro ordenamiento tributario como medida antielusión frente a las operaciones denominadas de “lavado de cupón”, pretendiéndose evitar con ella las prácticas [...] que aparecieron tras la introducción de la mencionada exención, consistentes en que el titular de la Deuda Pública la transmitía a no residentes, que gozaban de la exención, en los días inmediatamente anteriores al vencimiento del cupón, para así hacer aparecer un inversor no residente en el momento de tal vencimiento obviando de esa manera la retención a cuenta que debía ser practicada. Así se configuró por el legislador esta cláusula “antilavado de cupón”, considerando como generadoras de rendimientos de capital mobiliario y sujetas a la obligación de retener las transmisiones en cuestión, en cuanto a la parte correspondiente al cupón corrido, apareciendo clara, pues, la finalidad de la norma, esto es, la de asegurar que el beneficio fiscal de la exención y de la excepción de la obligación de retener se circunscribiese a sus verdaderos destinatarios: los no residentes sin establecimiento permanente, o, lo que es lo mismo, excluir del beneficio en cuestión a aque-

llos quienes el legislador quiso que estuviesen sometidos a tributación y a la consiguiente retención, esto es, los residentes y los no residentes con establecimiento permanente como es el caso de la actora».

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.

1. ADQUISICIONES *MORTIS CAUSA*: DEUDAS DEDUCIBLES. DEVENGO.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006.

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar si resultan deducibles del caudal relicto las deudas por responsabilidades civiles del causante no reconocidas por sentencia firme a la fecha del fallecimiento de éste último.

La Sala adopta como punto de partida en su análisis los requisitos de deducibilidad de las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión, a tenor de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que establece respecto de las transmisiones por causa de muerte, a efectos de determinación del valor neto patrimonial, la deducibilidad con carácter general, de aquellas deudas contraídas por el causante y no satisfechas por éste con anterioridad a su fallecimiento, siempre que su existencia resulte acreditada por documento público o privado que reúna los requisitos establecidos en el art. 1227 del Código Civil o, se pueda justificar de otro modo su existencia.

Efectivamente, la deducción de las deudas del caudal relicto requiere que éstas existan al tiempo del fallecimiento del causante, esto es, que las mismas sean firmes y, las deudas por responsabilidades civiles del causante sólo gozarán de la firmeza requerida para su deducibilidad cuando haya recaído sentencia firme en el correspondiente proceso, ya que, será precisamente en ese momento cuando se conozca asimismo la cuantía exacta de la indicada deuda, constituyendo, con anterioridad a ese momento, una mera expectativa que no cumple con lo exigido en el art. 13 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, en consecuencia, no deducible como deuda del caudal relicto.

Resuelta tal cuestión, la Sala aborda otra no menos importante, relativa al momento en el que ha de entenderse devengado el impuesto respecto de las adquisiciones mortis causa a título de legítima.

Pues bien, respecto de esta última cuestión, a tenor de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en el que se dispone que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día en que se produzca el fallecimiento del causante o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme a lo establecido respecto de éste último supuesto en el art. 196 del Código Civil, la Sala mantiene que las adquisiciones hereditarias mortis causa se devengarán en el momento legalmente establecido sin que se haya de distinguir si se efectúan a título de heredero, legatario o de cualquier otro título sucesorio, más aún cuando en virtud del art. 10 del Real Decreto 1629/1991, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el devengo de las adquisiciones mortis causa habrá de entenderse realizado el día del fallecimiento del causante, por lo que para que el impuesto resulte exigible bastará que resulte probado el hecho mismo de la transmisión, aunque no se hayan formalizado ni presentado a liquidación los documentos, inventarios o particiones.

Por todo ello, la Sala concluye que el devengo del tributo en las adquisiciones mortis causa tendrá lugar el día en que acontezca el fallecimiento del causante, presumiéndose asimismo y, en tal momento, la adquisición hereditaria del sucesor designado.

2. ADQUISICIONES MORTIS CAUSA. NORMAS ESPECIALES. DERECHOS REALES Y CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de noviembre de 2005.

En la presente sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo procede a establecer el tratamiento que, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ha de dispensarse al legado del usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones que el causan-

te instituye testamentariamente, relevando a la legataria de la obligación de afianzar, y con la facultad de disponer, en caso de necesidad, de los bienes, dejando la apreciación de tal necesidad a la conciencia de la propia legataria.

Pues bien, la Sala considera que no estamos en presencia de un supuesto de usufructo ordinario de uso y disfrute, por lo que el tratamiento tributario a dispensar al mismo habrá de buscarse en las normas especiales de valoración contenidas en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tal y como se desprende del tenor literal del art. 52 del Real Decreto 1629/1991, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que lleva a cabo una clara distinción a efectos fiscales entre el usufructo de uso y el usufructo de disposición.

Por tanto, la Sala concluye que el usufructo cuyo tratamiento tributario se cuestiona es una figura distinta del usufructo ordinario regulado en los arts. 467 y siguientes del Código Civil que, exclusivamente conlleva el derecho a usar y disfrutar, que no a disponer, por lo que, el usufructo cuestionado merece la calificación de usufructo impropio o de disposición, en la medida en que comprende facultades dominicales, incluso la de disposición, por lo que habrá de someterse a la misma tributación que la transmisión sucesoria del pleno dominio, conforme a lo establecido en el art. 52 del Reglamento.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

1. PRORRATA GENERAL. TRATAMIENTO DE LAS SUBVENCIONES. SUBVENCIONES DE CAPITAL.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2006.

La parte actora alega en su demanda que la normativa española sobre la inclusión de las subvenciones en el denominador de la prorrata es incompatible con la Sexta Directiva. El Abogado del Estado se allanó a la demanda, en virtud de autorización concedida por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 17 de febrero de 2006.

La única cuestión que se debate en este recurso consiste en decidir si las normas españolas aplicables al caso, contenidas en los artículos 102. Uno y 104. Uno 2º, de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA (LIVA) son contrarias a la Sexta Directiva, 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977. Tal cuestión ha sido resuelta por la sentencia del TJCE, de 6 de octubre de 2005 (asunto C-204/2003), que ha confirmado punto por punto las tesis que la parte actora ha mantenido en su demanda y que la Sala reproduce en su argumentación.

La sentencia del TJCE citada considera que la ley española reguladora del IVA, en su redacción dada por los artículos 6.15 y 6.16 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, se extralimita doblemente de la regulación comunitaria. Así “1) En primer lugar, y desde la perspectiva del sujeto pasivo del Impuesto, la sentencia del TJCE (apartado 13) distingue entre sujetos pasivos “mixtos”, que son los que utilizan los bienes y servicios previamente adquiridos para realizar de manera indistinta operaciones gravadas con derecho a deducción y operaciones que no conllevan tal derecho, y sujetos pasivos “totales”, que son los que emplean dichos bienes y servicios para efectuar únicamente operaciones gravadas con derecho a deducción.

En la legislación española, el artículo 102.Uno LIVA, tras la redacción dada por la ley 66/97, impone la regla de la prorrata no sólo en el caso de los sujetos pasivos “mixtos”, sino también en el caso de los sujetos pasivos “totales” cuando perciban subvenciones que no integren la base imponible, siempre que las mismas se destinen a financiar actividades empresariales o profesionales del sujeto pasivo.

La sentencia del TJCE que comentamos indica (apartado 25) que de los artículos 17 y 19 de la Sexta Directiva se desprende que únicamente es posible limitar el derecho a deducción, mediante la toma en consideración de las subvenciones, en el caso de los sujetos pasivos “mixtos” y por lo tanto (apartado 26), la norma contenida en el artículo 102. Uno LIVA que amplía la limitación del derecho a deducción mediante su aplicación a los sujetos pasivos totales, introduce una restricción mayor que la prevista expresamente en los artículos 17.5 y 19 de la Sexta Directiva e incumple la misma.

Por otro lado, la sentencia del TJCE también se refiere (apartado 14) a la norma especial contenida en el artículo 104.Uno.2º LIVA, en la redacción dada por la ley 66/1997, con arreglo a la cual las subvenciones destinadas de forma específica a financiar la compra de determinados bienes o servicios, adquiridos en virtud de operaciones sujetas y no exentas del IVA, minoran exclusivamente el importe de la deducción de IVA soportado o satisfecho por dichas operaciones en la misma medida en que hayan contribuido a su financiación, por ejemplo, en el caso de una subvención que ascienda al 20% del precio de compra de un bien o de un servicio, el derecho a deducir el IVA específicamente soportado por la adquisición de dicho bien o servicio quedará reducido en un 20%” (FJ. 3º).

Como consecuencia de las anteriores consideraciones jurídicas, el pronunciamiento o decisión del TJCE en la sentencia citada fue el siguiente: “...el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.....al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones...”

La consecuencia de lo anterior, tal y como evidencia la Audiencia Nacional “es la anulación de la Resolución impugnada del TEAC y de las actuaciones administrativas de que trae origen, debiendo reconocerse a la sociedad actora el derecho a la devolución de las cantidades que hubiera tenido derecho a deducir como IVA soportado, declarando inaplicables las limitaciones por razón de las subvenciones percibidas que establecía la norma española que ha sido declarada por el TJCE contraria al derecho comunitario” FJ. 4º).

2. DEDUCCIÓN. CUOTAS DEDUCIBLES. CUOTAS SOPORTADAS EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DESTINADOS A LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES SUJETAS Y NO EXENTAS AL IMPUESTO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de marzo.

La Resolución impugnada de 27 de septiembre de 1999 dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla y León desestimó la reclamación económico-administrativa formulada por la entidad mercantil XX, SA contra la liquidación practicada por la Inspección de los Tributos del Estado de la Delegación de Palencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido, por entender, en esencia, que el acta de inspección estuvo suficientemente motivada al contener los elementos esenciales del hecho imponible, especificándose de forma separada los conceptos que modifican las autoliquidaciones presentadas, que corresponden a operaciones exentas que obligan a la aplicación de la regla de prorata y a la no deducción de cuotas de IVA soportado por remuneraciones profesionales en la adquisición de servicios; que las remuneraciones profesionales satisfechas por importe de 21.3000.000 de pesetas no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible al no haberse acreditado la necesidad de las mismas para la obtención de los ingresos, ni haberse probado la existencia de error de hecho al aceptar esta consideración en el acta de conformidad, no pudiendo tampoco ser consideradas como operaciones vinculadas.

Pues bien, y en relación con la posibilidad de deducción de cuotas soportadas en concepto de IVA por adquisición de servicios técnicos profesionales prestados por el socio único para la empresa, ha de resolverse desde el contenido de los artículos 30 y 32 de la Ley 30/1985 y 61 del Real Decreto 2028/1985. Pues bien, de tal regulación resulta para la Sala “que la deducción es posible cuando los bienes o servicios en cuya adquisición se ha soportado el IVA resultan afectados de manera directa a la realización de la actividad empresarial, esto es, al desarrollo de la propia actividad que es objeto de la empresa y siempre que tal afectación derive a la realización de operaciones gravadas. Se trata, pues, de un

derecho que se reconoce al sujeto pasivo en cuanto es empresario o profesional y en el seno de tal actividad empresarial o profesional, siempre que los bienes y servicios, cuya adquisición da origen a la deducción, sean destinados a la realización de operaciones sujetas y no exentas al Impuesto que nos ocupa, en el ejercicio de la actividad propia del sujeto pasivo” (FJ. 6º).

Así las cosas, el recurso ha de correr suerte estimatoria, debiendo destacarse:

“a) Que, según lo dicho, el elemento determinante de la posibilidad o no de efectuar la deducción por el IVA soportado se proyecta sobre el destino -directa afectación- de lo servicios adquiridos a la actividad empresarial sujeta y no exenta;

b) Que de la Diligencia levantada de conformidad el día 12 de marzo de 2006 -escasos días antes a la firma del Acta de Conformidad de 2 de abril de 2006- inequívocamente se desprende que la duda o puesta en cuestión por parte de la Inspección Tributaria no se refería a la realidad misma del gasto satisfecho y contabilizado -en concepto de trabajos profesionales por asesoramiento técnico por importe de 21.300.000 pesetas- por la empresa, sino a su «necesariedad», mostrando su conformidad el representante de la empresa en que, aunque no necesarios, los gastos pudieron ser convenientes;

c) Que con tales antecedentes, la expresión contenida en el Acta de Conformidad -de que no procedía la deducción del IVA soportado por tal concepto «por no haber sido soportados en la adquisición de servicios utilizados en el realización de operaciones sujetas y no exentas al Impuesto»-, no se limita a describir un hecho sino que en realidad incorpora una calificación desde la perspectiva jurídico tributaria, en cuya virtud los servicios convenientes pero no necesarios adquiridos para la actividad empresarial han de estimarse fiscalmente intrascendentes, es decir, como si no hubieran sido adquiridos ex artículos 30 y 32 de la Ley 30/1985 y 61 del Real Decreto 2028/1985;

d) Que con arreglo a la doctrina expuesta, parece claro que dicha interpretación jurídica de los preceptos aplicables por parte de la

Inspección Tributaria puede ser susceptible de impugnación por el sujeto pasivo no obstante su conformidad; y

e) Que, en efecto, de los preceptos citados en modo alguno se deduce la naturaleza de necesarios -como, por ejemplo, se exigía en el artículo 13 de la hoy derogada Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades respecto de los gastos para la obtención de los rendimientos netos-, entendidos como más allá de los meramente útiles o convenientes, como requisito exigible y predicable de los servicios adquiridos por la sociedad en el ámbito de su actividad empresarial, carácter éste no negado por nadie, por lo que siendo aquélla indebida exigencia de necesidad el único fundamento de la exclusión de la deducción, la liquidación ha de ser anulada por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, lo que lógicamente arrastra la nulidad de la imposición de la sanción al no concurrir infracción tributaria alguna" (FJ. 7º).

3. HECHO IMPONIBLE. SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN: ENTREGAS DE BIENES O PRESTACIONES DE SERVICIOS REALIZADAS DIRECTAMENTE POR EL ESTADO, LAS ENTIDADES EN QUE SE ORGANIZA TERRITORIALMENTE Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. SERVICIOS PRESTADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo.

La cuestión controvertida en el presente recurso se centra en determinar la eventual sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de los servicios prestados por los Registradores de la Propiedad, en el ejercicio de sus funciones de liquidadores de tributos en los Distritos Hipotecarios. La resolución recurrida declaró la obligación de la Comunidad de Madrid de soportar el Impuesto sobre el Valor Añadido repercutido por el titular de la Oficina Liquidadora, sobre la base imponible del importe total del premio de cobranza o premio de liquidación.

La Comunidad de Madrid solicita en su demanda que se declare no ajustada a Derecho la resolución recurrida y, por tanto, los actos de

repercusión tributaria del Impuesto sobre el Valor Añadido efectuado por el titular de la Oficina Liquidadora del Distrito Hipotecario en relación a los servicios de gestión y liquidación de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Alegando, en resumen, como fundamento de su pretensión, que el carácter de órgano administrativo de la Oficina Liquidadora ya resultaba, con anterioridad a la Ley 30/1983 de Cesión de tributos, del art. 144.2.3º del Decreto 176/1959 de Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes que configuraba a la Oficina Liquidadora como parte integrante de la Administración Provincial y del art. 77 del Real Decreto 3494/1981 que le hacía depender orgánicamente de la Dependencia de Relaciones con el Contribuyente, del Delegado de Hacienda del Director General de Tributos y del Ministerio de Hacienda, subrogándose las Comunidades Autónomas en todos los derechos y obligaciones de la Hacienda Estatal respecto de los impuestos cedidos por la Ley 30/1983 de Cesión de Tributos, siendo la competencia para la gestión y liquidación de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda o, en su caso, de las Oficinas con análogas funciones de las Comunidades Autónomas que tenga cedidas la gestión del tributo, según el art. 34 de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el art. 56 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993 y previamente la Ley 29/1991 de Adaptación de las Directivas Comunitarias, estableciendo tanto el Texto Refundido como el Real Decreto 828/1995 y el Real Decreto 422/1988, que las Comunidades Autónomas podrán, dentro del marco de sus atribuciones, encomendar a las Oficinas de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad, las funciones de gestión y liquidación de los impuestos cedidos, todo lo que pone de relieve que las Oficinas Liquidadores actúan como órganos propios de la Administración, en este caso dependientes de la Comunidad de Madrid, ejerciendo las funciones que a ésta le son propias, reconociendo la resolución recurrida la naturaleza administrativa de los actos de liquidación, tratándose de una encomienda de gestión de carácter propiamente administrativo, entendiéndose que es de aplicación la excepción contenida en el apartado 5º del art. 4 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, siendo aplicable la no sujeción establecida en el art. 7.5 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre

el Valor Añadido, citando la sentencia del T.J.C.E. de 12 de septiembre de 2000. Subsidiariamente alega, conforme a los arts. 78 y 88 de la Ley del Impuesto, que el pago realizado por la Comunidad de Madrid conforme al Convenio incluiría la cantidad que procediera por I.V.A. y no el importe de la compensación incrementado en un 16% de I.V.A.

Por su parte, el Abogado del Estado, en la contestación a la demanda, alega que aunque no hay duda sobre la naturaleza administrativa de los actos de liquidación tributaria así como tampoco sobre el carácter funcional de los Registradores de la Propiedad, éstos realizan por sí mismos y bajo su responsabilidad la liquidación recibiendo a cambio una contraprestación, ejerciendo las funciones a través de unos medios materiales y humanos que dependen de ellos y que no están integrados en la estructura administrativa de la Comunidad Autónoma, siendo una dependencia funcional de la Comunidad Autónoma y no jerárquica, debiendo quedar sujeta y no exenta del Impuesto por tratarse de una prestación de servicios con contraprestación y respecto al cálculo de la base dependerá de las estipulaciones del Convenio celebrado entre la Comunidad y el Registrador y en el caso de no haberse estipulado cantidad distinta del denominado premio de liquidación, se entenderá que en dicho premio está incluida la correspondiente cuota del Impuesto, pero en el Convenio vigente de 17 de noviembre de 1.998 sólo se permite la retención por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas estableciéndose que en el caso de que estuviera sujeto a otros impuestos, éstos correrían a cargo de la Comunidad de Madrid, por lo que la base imponible viene determinada por el premio de liquidación.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12 de julio de 2003 dictada en el recurso de casación en interés de la ley, número 42/2002, en la que desestima el recurso de casación en interés de ley, interpuesto por la Administración General del Estado, contra la sentencia dictada el día 8 de noviembre de 2001, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Castilla-León, en su sede de Burgos.

Pues bien, como determina en la sentencia del Tribunal Supremo referida, para resolver el problema lo decisivo es esclarecer si las Oficinas

Liquidadoras de los Distritos Hipotecarios actúan en régimen de dependencia de las Comunidades Autónomas, y en consecuencia, sus actos de liquidación y recaudación estarían no sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, por tratarse de prestaciones de servicios de una Administración Pública o, por el contrario, tal dependencia no existe, y en consecuencia, el impuesto indicado es exigible. Señalando que “El juego de los preceptos que disciplinan la cesión de los tributos indicados a las Comunidades autónomas, pone de manifiesto que, utilizando la vía de la delegación, y posteriormente, ya en uso de ésta, la de la encomienda a las Oficinas Liquidadoras, la liquidación, recaudación y revisión de los tributos cedidos, que se realizada por el Estado, ha pasado a otra Administración Pública, las Comunidades Autónomas receptoras de la delegación, y a través de éstas, es llevada a cabo por otro órgano administrativo, esto es, las Oficinas Liquidadoras, cuya índole de tal es indiscutible, como repetidamente subraya la sentencia recurrida. En definitiva, se cumple lo exigido por el art. 5.6º de la Ley 30/85, que declaraba exentas “las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas directamente por el Estado, las Entidades en que se organiza territorialmente y sus organismos autónomos, cuando se efectúen sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”. Y es que el requisito de la realización “directa” del servicio por el Estado, o ente territorial una vez cedido el tributo, lo cumple la Comunidad Autónoma, a través de una oficina administrativa conectada a ella, cumpliendo así la exigencia del precepto”. Precizando la sentencia indicada la tesis contraria no puede encontrar apoyo en la STJ de la Unión Europea, de 8 de noviembre de 1993, en la que se declaró sujeta al impuesto la actividad de los Recaudadores Municipales, pues los actos de éstos son puramente contractuales y de índole privada, de suerte que no se traducen en actos administrativos, que sólo pueden serlo los de los respectivos Ayuntamientos que los refrenden.

En consecuencia, siguiendo el criterio expresado en la sentencia referida del Tribunal Supremo, la Sala concluye “que actuando los Distritos Hipotecarios en régimen de dependencia de la Comunidad de Madrid, se encuentra comprendida la actividad cuestionada en la exención establecida en la vigente Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su art. 7 apartados 5 y 8, por lo que

procede la estimación del recurso contencioso administrativo, declarando no conforme a Derecho la resolución recurrida, anulándola y dejándola sin efecto, así como los actos de repercusión tributaria efectuados por el Impuesto sobre el Valor Añadido por el titular de la Oficina Liquidadora del Distrito Hipotecario en relación a los servicios de gestión y liquidación de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados” (FJ. 4º).

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. SUPUESTOS DE TRIBUTACIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 108.2 DE LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO, DEL MERCADO DE VALORES. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMA ANTIELUSIVA Y DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 3 de marzo de 2006, y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 17 de enero de 2006.

El artículo 108.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), declara con carácter general, en concordancia con el Derecho comunitario, la exención de la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, en la imposición indirecta. No obstante, para tratar de afrontar el problema de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias, el apartado segundo de este mismo artículo contempla dos excepciones a la exención. En consecuencia, se sujetan a tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas los siguientes supuestos:

“1.º Las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, de valores que representen partes del capital

social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades.

Tratándose de sociedades mercantiles se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100.

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquéllos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

2.º Las transmisiones de acciones o participaciones sociales, recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de un año [...]”.

Entre los muchos problemas interpretativos planteados por este precepto destacamos ahora los relativos al cumplimiento del requisito de que el patrimonio de la sociedad sea eminentemente inmobiliario (más del 50% de su activo en inmuebles situados en territorio nacional) para la aplicación de la norma antielusiva y la determinación de la base imponible, en la medida en que estas son las cuestiones esencialmente controvertidas en las sentencias objeto del presente comentario.

La Sentencia del TSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2006 desestima el recurso interpuesto frente a una Resolución del TEAR de Cantabria, de 19 de diciembre de 2003, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra el Acuerdo del Servicio de Tributos del Gobierno de Cantabria por el que se fija el valor de los inmuebles transmitidos en una operación societaria de adquisición (por la recu-

rente) de todas las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada. La operación fue objeto de una comprobación por parte de la Administración Regional tendente a dilucidar si el valor de los bienes inmuebles adquiridos superaba o no el 50% del activo de la sociedad transmitente, para de este modo averiguar si aquélla se encontraba o no exenta del pago del ITPO.

La controversia gira alrededor de si el valor de los bienes inmuebles transmitidos debe determinarse conforme a su valor real, en cuyo caso puede realizarse una comprobación de valores por la Administración tendente a determinar su valor de mercado, o, como defiende la recurrente, el valor de los inmuebles debe calcularse conforme a su valor contable. Pues bien, el TSJ de Cantabria entiende que la valoración de los bienes inmuebles debe efectuarse atendiendo al valor de mercado de los bienes en el momento de la transmisión; apoya su argumentación en la doctrina establecida por el TEAC en resoluciones de 19 de diciembre de 2001 y 18 de julio de 2004 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004. Especialmente interesante resulta un pasaje de la Resolución del TEAC de 18 de julio de 2004 reproducido en el FD 4 de la Sentencia comentada: “[...] para evitar dicha elusión fiscal la valoración de los inmuebles, a efectos de computar el porcentaje del 50 por ciento sobre el capital, debe realizarse a valores de mercado, ya que, en otro caso, se facilitarían una venta real de inmuebles, siempre que los mismos contasen en el balance a valores muy inferiores a los reales [...], sin sujetarlos a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Por ello, el procedimiento de comprobación de valores en la tributación de acciones, cuando existan inmuebles en el patrimonio de la sociedad, no sólo incidirá en la cuantificación de la base imponible, sino que también deberá ser tenido en cuenta para apreciar el cumplimiento de los requisitos que dan lugar a la aplicación de la norma antielusoria mediante la interposición de figuras societarias que el artículo 108 de la Ley del mercado de Valores representa [...]”.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de enero de 2006 estima el recurso interpuesto frente al Acuerdo del TEAR de Andalucía de 19 de diciembre de 2003, que declaró la corrección de una liquidación por ITPO y anuló la sanción impuesta a la ahora recurrente.

te. Los hechos de los que trae causa la Sentencia son los siguientes: La parte actora adquirió en mayo de 1998, mediante escritura pública, 1.373 participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, de la que ya poseía anteriormente un 50%, convirtiéndose con tal adquisición en socio mayoritario. La parte actora liquidó el ITPO tomando como base el valor dado a las participaciones adquiridas y no el valor del inmueble. La recurrente reconoce que actuó de forma incorrecta (pues debió tener en cuenta el valor del inmueble), pero discute la procedencia de liquidar el impuesto por la totalidad del valor del bien, ya que entiende que lo procedente es que el valor del inmueble se determine en proporción a las participaciones adquiridas.

Por tanto, en la Sentencia objeto de comentario se afronta la determinación de la base imponible cuando la transmisión no está exenta, teniendo en cuenta que el art. 108.2 LMV señala que en tales casos “se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

La interpretación de esta norma ha sido objeto de un animado debate. El problema que este precepto deja sin resolver (a diferencia de la normativa que desarrolló la Ley 55/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal) es si la base imponible coincide con el valor de todos los bienes inmuebles que integran el patrimonio de la entidad cuyas acciones se adquiere, o si debe fijarse por referencia al valor de los inmuebles en proporción a las participaciones adquiridas que otorgan el control sobre la entidad.

Para resolver el problema, la Sala reproduce (en el FD 2) lo dicho por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004, recaída en un supuesto similar. En ese pronunciamiento el TS partió de una interpretación literal y lógica del art. 108 LMV señalando que “la no exención se refiere a la transmisión, en singular, que produce el resultado de obtener el control de la sociedad propietaria de los inmuebles, de modo que la posible acumulación con adquisiciones anteriores, la Ley la refiere y la limita a efectos de determinar cuándo se consigue el control, pero no hay un expreso y explícito pro-

nunciamento acerca de que tal acumulación se extiende a los hechos imponderables y a la base imponible a liquidar”. Asimismo, acudió a la “ratio legis” del precepto constatando que éste “surgió frente a la conducta consistente en transmitir los inmuebles mediante la transmisión de las acciones de la sociedad propietaria, pero existiendo una correlación sustancial, a modo de «desideratum», consistente en la adquisición del 100 por 100 del capital, o sea del 100 por 100 de la propiedad del inmueble”; en cambio, “considerar como hecho imponible la adquisición total de los inmuebles, con una participación del 50.01 por 100 resulta inadmisibles por desmesurada y alejada de la realidad societaria”. Finalmente, el TS tiene en cuenta los antecedentes históricos del precepto. Señaló, en este sentido, que el art. 108 LMV (según la redacción dada por la Disposición Adicional 12ª de la Ley 18/1991) “no regula en lo esencial la base imponible, es decir, no se pronuncia como primera tarea, ni en un sentido ni en otro, acerca del porcentaje de los inmuebles a estimar, de ahí la controversia planteada [...], pues se limita exclusivamente a señalar en el último párrafo del artículo 108 que para determinar la base imponible se aplicarán «las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», que forzosamente se han de referir principalmente a los medios de comprobación administrativa del valor de los inmuebles”. El TS resaltó “la muy baja calidad técnica del artículo 108 en sus dos versiones”, porque la importancia de la cuestión controvertida exigía un pronunciamiento legal, claro y terminante que el referido precepto no proporcionaba. Ese silencio contrasta con la preocupación mostrada por los redactores de la normativa de desarrollo de la Ley 55/1977 (Orden Ministerial de 14 de enero de 1978), “que dispusieron que la base imponible sería la parte del valor de los bienes inmuebles, proporcional a los títulos objeto de la transmisión, determinante del control de la sociedad propietaria de dichos inmuebles.

A la vista de la tesis mantenida por el TS, la Sala estima la demanda y anula la liquidación de la que trae causa, sin perjuicio de que se gire nueva liquidación tomando como base imponible el valor del inmueble en proporción a las participaciones adquiridas.

No queremos finalizar el comentario de estas sentencias sin advertir que el artículo 8 del Proyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal que actualmente se debate y enmienda en las Cortes contiene una sustancial modificación del art. 108 LMV. Entre

otras novedades, se introducen cambios en la línea de los pronunciamientos aquí comentados. Así, se prevé que para realizar el cómputo del activo de la entidad los valores netos contables de todos los bienes se sustituyan por sus respectivos valores reales determinados a la fecha de la transmisión o adquisición; y, respecto a la determinación de la base imponible, se dispone, en líneas generales, la necesidad de sujetar a gravamen únicamente el porcentaje del valor de los inmuebles que representen los títulos adquiridos.

2. OPERACIONES SOCIETARIAS. HECHO IMPONIBLE: PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de marzo de 2006.

En este caso se impugna ante el Tribunal una liquidación tributaria girada por la Administración en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, modalidad de Operaciones Societarias, referida a un préstamo participativo por el que la entidad recurrente recibía, en calidad de prestataria, determinada cantidad comprometiéndose a amortizar el capital antes de cierta fecha, así como a remunerar a la sociedad concedente el interés del préstamo con un tipo diverso, en función del resultado de los beneficios obtenidos por la prestataria en los correspondientes ejercicios sociales de su empresa.

La cuestión esencialmente controvertida es si los préstamos participativos tributan o no por el concepto de operaciones societarias. No obstante, con carácter previo, el órgano jurisdiccional señala que los préstamos participativos no pueden asimilarse al contrato de cuentas en participación a los fines de ser equiparados a las sociedades dentro del marco del art. 22 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, ya que ello pugnaría con lo dispuesto en el art. 23.3 de la Ley General Tributaria, que no admite la analogía para extender más allá de sus términos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones. En efecto, a juicio de la Sala, los préstamos participativos no pueden equipararse a los contratos de cuentas en participación, puesto que “mientras en éste el capital puesto en cuenta por el partícipe pasa al dominio del gestor o dueño del negocio, que hace suya la aportación para dedicarla a su empresa y únicamente tiene aquél un derecho de crédito contra el gestor

sobre la parte del capital aportado que no se pierda, derecho consecuente con la obligación del dueño del negocio de rendir cuentas de su gestión y de liquidar al partícipe, según los resultados prósperos o adversos, en la proporción que se haya convenido (art. 243 del Código de Comercio), ocurre, por el contrario, en el préstamo participativo que el capital entregado por la entidad prestamista no se integra definitivamente en el patrimonio social de la entidad prestataria, pues aunque esta última se aproveche del capital temporalmente para el desarrollo de su empresa, tiene la obligación de devolverlo al prestamista dentro del tiempo convenido, si bien, como contrapartida, el cedente del capital participa en cierto modo durante el tiempo de duración del préstamo de los beneficios de la actividad social de la empresa prestataria a través de la vía de remuneración del préstamo con unos intereses variables que están en función de la evolución de la explotación social de la empresa receptora del préstamo [...]” (FD. 2).

Sin embargo, la Sala entiende que el contrato de préstamo participativo entraña una operación societaria, por cuanto implica un aumento y posterior reducción de capital de la sociedad prestataria. A partir de la lectura de los apartados Uno d) y Dos del art. 20 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 -que establecen respectivamente que “los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil” y que “los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario” [precepto, este último, derogado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo]- el órgano jurisdiccional deduce “que si el capital de la sociedad prestataria aumenta cuando ingresa en su patrimonio el importe del préstamo participativo y disminuye, en cambio, cuando es restituido el préstamo a la sociedad concedente del mismo, no puede sino inferirse que el préstamo participativo, al implicar sucesivamente un aumento y reducción de capital de la sociedad prestataria [...] entraña un operación societaria comprendida en el art. 19.1 del Texto Refundido de la Ley ITP y AJD” (FD. 3).

3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. APLICACIÓN DE TIPO DE GRAVAMEN REDUCIDO A LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EN QUE SE PROTOCOLICE LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de noviembre de 2005.

La cuestión debatida en el recurso interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria se limita a la interpretación del artículo 5 de la Ley cántabra 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado. Según el tenor literal del punto tercero de dicho artículo, “en los documentos notariales en los que se protocolice la adquisición de viviendas que vayan a constituir la vivienda habitual del contribuyente, se aplicará el tipo reducido del 0,3%, siempre que el sujeto pasivo reúna alguno de los siguientes requisitos o circunstancias: [...] c) Tener, en la fecha de adquisición del inmueble, menos de treinta años cumplidos” [Redacción que se mantiene tras la aprobación de la Ley 7/2004, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales].

La Administración tributaria considera, partiendo de una interpretación literal del precepto, que el préstamo hipotecario obtenido por la recurrente para la compra de su vivienda habitual no puede incluirse dentro del término “protocolización de adquisición de vivienda”. En cambio, a juicio de la recurrente, no puede obviarse la circunstancia de que el préstamo se ha concedido para la adquisición de vivienda habitual y que, por tanto, debe beneficiarse de la reducción del tipo de gravamen al cumplirse todas las condiciones exigidas por el mencionado precepto.

La Sala comparte el parecer de la recurrente y, en consecuencia, estima el recurso interpuesto contra Resolución del TEAR de Cantabria de 24 de junio de 2004. Considera, en este sentido, que “es un hecho habitual que la adquisición de una vivienda financiada mediante préstamo hipotecario se efectúe, si bien en unidad de acto, a través de dos escrituras distintas, por tratarse de una operación de financiación externa para afrontar el pago del precio de la vivienda. Sin embargo, esta dualidad de escrituras no conlleva que, tratándose de una bonificación por incentivo social y siendo el

deseo del legislador primar las adquisiciones por compra de menores de 30 años de vivienda que vayan a constituir su vivienda habitual, no deban beneficiarse ambas de la reducción del tipo de gravamen. De hecho, la Ley alude a los «documentos notariales» en los que se «protocolice» la adquisición, dicción ésta que permite la referida interpretación toda vez que en el préstamo hipotecario la hipoteca pasa a ser el bien adquirido y el dinero objeto de préstamo el precio de la adquisición de la vivienda. Precisamente, el incentivo objeto de interpretación va dirigido a un sector de la población que se presupone con menos recursos, tanto por la edad del adquirente como por el destino del inmueble, domicilio habitual, por lo que resulta cuando menos poco probable que el pago se efectúe al contado, sin necesidad de acudir a la financiación bancaria” (FD. 2).

El problema interpretativo analizado en la Sentencia comentada no se plantea en la legislación sobre la materia aprobada por el legislador castellano-manchego. En efecto, el artículo 11.2 de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, sobre medidas en materia de tributos cedidos, establece que “A las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten la adquisición de la primera vivienda habitual del sujeto pasivo o la constitución de préstamos hipotecarios destinados a su financiación, siempre que el valor real del inmueble no exceda de 140.100 euros, se les aplicará el tipo del 0,5 por 100”.

XV.-IMPUESTOS AUTONÓMICOS Y FORALES.

**1. IMPUESTO SOBRE SUELO SIN EDIFICAR Y EDIFICACIONES RUI-
NOSAS DE EXTREMADURA. HECHO IMPONIBLE. SUELO EDIFICA-
BLE. LA PARCELA A LA QUE SE REFIERE LA LIQUIDACIÓN IMPUG-
NADA SE ENCUENTRA SITUADA EN UN POLÍGONO INDUSTRIAL Y
TIENE, POR TANTO, UN DESTINO INDUSTRIAL, ESTANDO POR
ELLO EXCLUIDA DEL IMPUESTO LIQUIDADO. LA LEY NO ATIENDE
AL USO DEL SUELO, SINO A SU DEBER DE EDIFICABILIDAD. EL
IMPUESTO DESPLIEGA SU EFICACIA ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS
DE LOS DEBERES URBANÍSTICOS.**

Sentencia 23/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 19 de enero de 2006

La Sentencia del Tribunal Superior Extremeño debe analizar el supuesto de hecho contenido en el impuesto autonómico sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas de Extremadura frente a la impugnación de una liquidación por este impuesto. Este tributo fue establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, de 26 de junio; desarrollada por el Reglamento del Impuesto sobre Suelo sin Edificar y Edificaciones Ruinosas, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 22/2001, de 5 de febrero. Conforme al artículo 3.º de la Ley, en la redacción vigente al momento de practicarse la liquidación de autos, constituye el hecho imponible del Impuesto, entre otros supuestos, «a) El no haber solicitado en el plazo de cuatro años la necesaria licencia de edificación. Tal plazo se contará desde que adquirió la condición de edificabilidad a que hace referencia el artículo 4.º de esta Ley».

Según el artículo 4.º de la Ley, también en la redacción vigente al momento de practicarse la liquidación, «tienen la condición de suelo edificable las superficies de suelo urbano aptas para la edificación, de acuerdo con el instrumento normativo de planeamiento urbano, que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir. También se considerarán urbanos los terrenos que tengan su ordenación consolidada por ocupar la edificación al menos la mitad de los espacios aptos para la misma según la ordenación que el planeamiento general establezca».

En cuanto a la base imponible de este tributo, se establece en el artículo 10 de la Ley, al momento de practicarse la liquidación, que estaría constituida por «el valor objetivo de los terrenos no edificados o de los terrenos con edificación declarada en ruina, entendiéndose por tal el valor catastral de los mismos».

Destaca la Sentencia objeto de reseña que en la redacción originaria, tanto el artículo 16 como el 15 de la Ley se imponía a los propietarios de terrenos sometidos al hecho imponible, en su condición de contribuyentes, la obligación de realizar declaración de bienes afectos al impuesto; y a las Administraciones Locales y órganos de la Autonómica,

la obligación de comunicar los incumplimientos de deberes urbanísticos que comporten la existencia del hecho imponible del Impuesto.

Pues bien, teniendo en cuenta estas consideraciones, constituye el principal fundamento de la demanda en apoyo de su pretensión revocatoria que la parcela a que se refiere la liquidación, situada en un Polígono Industrial, tiene un destino industrial y, por ello, que está excluida del Impuesto liquidado; así como que por la propia actividad de la sociedad recurrente, la parcela no podría ser edificada sino mantenerse como terreno al aire libre. En relación con ello, tal y como ha expuesto el Tribunal “al momento de la liquidación, la configuración del hecho imponible del Impuesto estaba referido a «suelo» con las condiciones impuestas y los incumplimiento urbanísticos ya dichos. Consecuentemente no cabe hacer la distinción, que el Legislador no ha hecho, de excluir el suelo calificado con uso industrial a los efectos de excluirlos de la imposición, porque la Ley no atiende al uso del suelo, sino a su deber de edificabilidad. Y si se quiere hacer esa distinción, desde el punto de vista teórico, en la propia fundamentación y naturaleza del Impuesto de fomentar la existencia de vivienda excluyendo la viciosa acumulación de terreno con finalidad especulativa, cabe oponer que los instrumentos del planeamiento, la Ley en suma, procede a la reclasificación de los terrenos atendiendo a las necesidades de todo tipo que sean previsibles; y si el terreno con uso industrial se excluye de la finalidad asignada, ha de comportar un encarecimiento del suelo disponible con carácter general, también el destinado a viviendas. Ahora bien, pese a lo expuesto, no cabe desconocer la posibilidad de que las parcelas con destino a uso industrial puedan tener una finalidad específica de servir a un uso que no requiera una edificación en sentido técnico, sin perjuicio de que las Administraciones con competencia en materia urbanística hayan de conceder licencia para las mínimas instalaciones que dicho uso exijan. Y eso es lo que ocurre en el caso de autos en que la recurrente tiene por actividad la distribución de gas butano, con una explotación en otra parcela distinta de la de autos, en la que se viene aduciendo reiteradamente que resulta insuficiente el almacenamiento; y así resulta del informe aportado con la demanda. De ello se viene aduciendo en la necesidad de contar con espacio libre para desahogo de las instalaciones destinadas a almacenamiento. Y ante esas alegaciones pudo y debió la Administración Tributaria determinar el alcance y

condiciones de uso de la parcela y no limitarse a una mera constatación de la titularidad catastral que, a la vista de lo expuesto, no es suficiente para el sometimiento a un impuesto que, [...], despliega su eficacia por los incumplimientos de los deberes urbanísticos que no quedan plenamente acreditados”.

Consecuencia de todo ello es la procedencia de estimación del recurso y la anulación de las resoluciones impugnadas y no haciendo expresa condena en cuanto a las costas procesales.

XVI.-IMPUESTOS LOCALES.

1.IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FORMALES OPERA EN PERJUICIO DEL SUJETO PASIVO, DEBIENDO ÉSTE PRESENTAR DECLARACIÓN DE VARIACIÓN O MODIFICACIÓN DE DATOS, SURTIENDO EFECTOS EN EL PERÍODO IMPOSITIVO INMEDIATO..

Sentencia 316/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sede en Valladolid), de 13 de febrero de 2006

La parte recurrente impugna la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla y León que desestimó una reclamación económico-administrativa referida al Impuesto sobre Actividades Económicas. En la demanda se solicita que se anulen las resoluciones impugnadas, y se rectifique, por tratarse de un error material, el dato censal de la Matrícula del I.A.E. de la superficie del local afecto a la actividad económica desarrollada por la recurrente, en la que figuraba una superficie declarada de 4.122 m², interesando que ésta se fijase en 1.283 m², así como la rectificación de las liquidaciones giradas por el citado Impuesto, con devolución del exceso.

La recurrente alegaba que concurrió el supuesto de error de hecho previsto en el art. 156 de la L.G.T. aplicable, argumento que, a juicio del Tribunal Superior “no puede aceptarse pues el error de hecho a que se refieren los arts. 108 y 156 de la L.G.T. se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia

del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación, requiriéndose que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos (sentencia del TS de 28 de septiembre de 1992), circunstancias que no concurren en el caso de autos”. En efecto, como continúa afirmando la sentencia reseñada, “en el supuesto enjuiciado la actora declaró el dato de 4.122 m² de superficie del referido local al darse de alta en el año 1991 en la actividad sujeta al citado Impuesto (epígrafe 812), con posterioridad mediante escrito dirigido en fecha 2-2-1996 al órgano gestor la actora interesó la rectificación de la superficie afecta a la actividad alegando que ésta se contrae a 1.283 m/ y no los 4.122 m² que se habían declarado y ello porque la actividad se desarrolla en la planta primera del edificio y no en las restantes de que éste consta. Pues bien, como se indica en la resolución impugnada, en la apreciación de la superficie ha de intervenir la medición de los metros cuadrados así como la determinación de las plantas del inmueble en las que se realiza la actividad, proceso que excluye el concepto de error material o aritmético comprendido en los citados preceptos de la LGT”.

En el FJ3º se añade: ”Conforme establece el art. 116 de la LGT aplicable las declaraciones de los contribuyentes se presumen ciertas. Pues bien, dada la presunción iuris tantum de veracidad predicable de las declaraciones tributarias en aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior de la LGT, presunción enervable mediante prueba de que al hacerlo el sujeto pasivo incurrió en error de hecho, recayendo la carga de la prueba en este último, y ante la constatación de que no nos encontramos ante ningún tipo de error material, aritmético o de hecho de los contemplados en el art. 156 de la LGT, sino [...] ante un incumplimiento por parte del recurrente, de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la variación de datos de la Matrícula del I.A.E., procede atribuir a la declaración de alta en la Matrícula del Impuesto de Actividades Económicas todos los efectos que a la misma se anudan legalmente. Pero además, en todo caso, ha de indicarse que la parte actora no ha acreditado, que realmente en la fecha de alta en la Matrícula del Impuesto (ni en la alegada en la demanda, con referencia al 1 de enero de 1995) que la superficie del referido local afecta a la actividad fuese la invocada de 1.283 m².

Por consiguiente ha de tenerse en cuenta que:

1. El art. 2.º del Real Decreto 243/1995, de 17 de enero (por el que se dictan normas para la gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas y se regula la delegación de competencias en materia de Gestión Censal de dicho Impuesto), después de regular la formación y contenido de la matrícula a partir de la cuál se gestiona este impuesto, establece que: «La matrícula de cada ejercicio se cerrará al 31 de diciembre del año anterior e incorporará las altas, variaciones y bajas producidas durante dicho año, para lo cual se incluirán las declaraciones de variaciones y bajas presentadas hasta el 31 de enero y que se refieran a hechos anteriores al 1 de enero».

2. Por su parte, el art. 6.º del mismo cuerpo normativo determina en su apartado primero que «Los sujetos pasivos estarán obligados a presentar declaración comunicando las variaciones de orden físico, económico o jurídico... que se produzcan en el ejercicio de las actividades gravadas y que tengan trascendencia a efectos de su tributación por este impuesto», y, en su apartado cuarto, que:

«Las declaraciones de variación se presentarán en el plazo de un mes, a contar desde la fecha en la que se produjo la circunstancia que motivó la variación.»

3. Finalmente, el art. 10.1 del mismo Real Decreto señala que:

«La declaración de baja o variación, referente a un período impositivo, surtirá efecto en la Matrícula del período impositivo inmediato siguiente.»

De todo ello claramente se desprende que la matrícula de cada ejercicio debe incluir las declaraciones de variaciones y bajas presentadas hasta el 31 de enero y que se refieran a hechos anteriores al 1 de enero, que existe obligación de los sujetos pasivos de presentar declaración comunicando las variaciones que se produzcan en el ejercicio de las actividades gravadas y que tengan trascendencia a efectos de su tributación por este impuesto (señalándose un plazo expreso al efecto -un mes

desde la fecha en la que se produjo la circunstancia que motivó la variación-), y que la declaración de variación surte efecto en la Matrícula del período impositivo inmediato siguiente.

Pues bien, en nuestro caso, y a diferencia de lo pretendido por la actora, no nos encontramos ante ningún tipo de error material, aritmético o de hecho de los contemplados en el art. 156 de la L.G.T., sino ante el incumplimiento por parte de la recurrente, y en su propio perjuicio, de las obligaciones normativas que le incumben; además, ha de tenerse en cuenta que las variaciones, como se ha visto, sólo tienen eficacia a partir del ejercicio inmediato siguiente a aquel en que se ponen de manifiesto, por lo que la variación postulada sólo podría tener repercusión en la siguiente liquidación”.

En consecuencia, y en virtud de lo manifestado en esta Sentencia, se procedió a la desestimación del recurso sin expresa imposición de costas.

2.IMPUESTO SOBRE INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. HECHO IMPONIBLE. NATURALEZA DE LOS TERRENOS SUJETOS. CUANDO UN TERRENO EN EL MOMENTO DEL DEVENGO DEL IMPUESTO PRODUCIDO CON MOTIVO DE SU TRANSMISIÓN TENGA CATASTRALMENTE LA CONDICIÓN DE RÚSTICO PERO SEA, DE FACTO, TERRENO DE NATURALEZA URBANA DE ACUERDO CON LA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA, Y EL VALOR CATASTRAL CORRESPONDIENTE A ESA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA SEA FIJADO DESPUÉS DE LA TRANSMISIÓN Y NOTIFICADO AL NUEVO TITULAR, EL AYUNTAMIENTO PODRÁ PRACTICAR LA LIQUIDACIÓN CUANDO EL REFERIDO VALOR CATASTRAL SEA FIJADO.

Sentencia 15/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de enero de 2006

El Tribunal Superior de Justicia Catalán debe resolver un recurso planteado frente a una Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo que estimó un recurso interpuesto por la parte apelada

contra la liquidación del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

La cuestión litigiosa se plantea porque en el momento de la transmisión, determinado por la normativa aplicable, los terrenos transmitidos tenían catastralmente la consideración de rústicos pero eran, de facto, terrenos de naturaleza urbana conforme a su calificación urbanística y el valor catastral correspondiente a esa calificación se fijó con posterioridad a la transmisión y notificándose al nuevo titular. Y es que, como afirma el Tribunal, “el incremento del valor que se grava en este impuesto ha de ser experimentado por terrenos de naturaleza urbana, tratándose de un requisito del hecho imponible que se lleva a la denominación misma del impuesto y que quedó resaltado por el supuesto de no sujeción establecido en la redacción originaria del apartado 2 del art. 105 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales: «No está sujeto el incremento de valor que experimenten los terrenos que tengan la consideración de rústicos a efectos del IBI»”. Pero la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo inciso en el citado artículo 105.2 que aclaró la no sujeción de los terrenos rústicos a efectos del IBI. Así, se afirma en esta Sentencia que “El anterior texto legal provocó la existencia de criterios jurisprudenciales que entendieron que cuando se transmite un suelo que no figura en el padrón del IBI como bien urbano, no se puede liquidar el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana aún cuando la calificación urbanística sea de suelo urbano”. Para hacer frente a esos criterios jurisprudenciales se añadió un inciso según el cual: «En consecuencia con ello, está sujeto el incremento de valor que experimenten los terrenos que deban tener la consideración de urbanos a efectos de dicho Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de que estén o no contemplados como tales en el Catastro o en el Padrón de aquel».

Esta modificación legal se produjo en virtud de lo previsto en el art. 18.29 de la Ley 50/1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, y por tanto, a juicio del Tribunal, aplicable en el presente caso puesto que la transmisión tuvo lugar el 19 de marzo de 2001, mientras que considera que no son aplicables las posteriores modificaciones contenidas en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, precisando que no es la que, en contra

de lo que se dice en el escrito de oposición a la apelación, introdujo esta precisión.

Pero la cuestión a dilucidar por el Tribunal no provenía, con el texto originario de la LHL, de este supuesto de no sujeción, sino de la ausencia de valor catastral, que es precisamente la «ratio decidendi» de la sentencia de instancia para estimar el recurso. En este sentido, la sentencia apelada destaca que con arreglo al art. 70.4 LHL los valores catastrales debían haberse notificado individualmente con anterioridad a la finalización del año inmediatamente anterior a aquel en que deben producir efectos, basando su sentido estimatorio en la doctrina contenida en la STS de 21 de octubre de 2002, que casa la STSJ de Andalucía, Sala de Málaga, de 22 de septiembre de 1997, que establece que el valor catastral no puede tener efectos retroactivos y resulta indispensable su previa notificación al sujeto pasivo; si bien, como advierte el Tribunal Catalán “resulta claro que tal STS se dictó en un caso en que era de aplicación el texto originario del art. 108.3 LHL. Con arreglo al mismo, de no constar asignado valor catastral ninguno, con la citada redacción originaria de la LHL no podía girarse liquidación alguna. Algún sector doctrinal sostuvo que tal solución era injusta, remitiéndose algunos autores a una «fórmula» a arbitrar por el Poder Judicial o la autoridad judicial, lo que era contrario al contenido de la potestad jurisdiccional”.

De todos modos, la cuestión quedó resuelta por las modificaciones introducidas por la citada Ley 50/1998. En efecto, la modificación operada en el art. 108.3 LHL se enfrenta al problema de la falta de asignación de valor catastral y coordina el precepto con las nuevas normas de los apartados 2 y 3 del art. 71 de la propia LHL. Así, según dicho art. 108.3 LHL, en la redacción vigente al tiempo de producirse el hecho imponible en el caso enjuiciado:

«3. En las transmisiones de terrenos, el valor de los mismos en el momento del devengo será el que tenga fijado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

No obstante, cuando dicho valor sea consecuencia de una Ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento apro-

badas con anterioridad, se podrá liquidar provisionalmente este impuesto con arreglo al mismo. En estos casos, en la liquidación definitiva se aplicará el valor de los terrenos obtenido conforme a lo señalado en los apartados 2 y 3 del artículo 71 de esta Ley, referido al momento del devengo.

Cuando el terreno, aun siendo de naturaleza urbana en el momento del devengo del impuesto, no tenga fijado valor catastral en dicho momento, el Ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea fijado.»

De ahí que entienda la Sentencia objeto de reseña en su FJ3 que:

“a) Cuando el valor a efectos del IBI sea consecuencia de una Ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con anterioridad, se podrá liquidar provisionalmente este impuesto con arreglo al mismo y en la liquidación definitiva se aplicará el valor de los terrenos obtenido conforme a lo señalado en los apartados 2 y 3 del art. 71 LHL, referido al momento del devengo.

b) Cuando el terreno, aun siendo de naturaleza urbana en el momento del devengo del impuesto, no tenga fijado valor catastral en dicho momento, el Ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea fijado”.

Así, considera el Tribunal que a los efectos de comprender esta importante modificación legal, se hace preciso reseñar las novedades introducidas por la misma Ley 50/1998, en la modificación en sentido estricto del valor catastral, que sigue regulándose en el nuevo art. 71 LHL: “El precepto, pese a sus sucesivas modificaciones anteriores, no ha tenido ninguna efectividad hasta el presente, con graves perjuicios para las Corporaciones locales, pues los bienes inmuebles afectados no pueden tributar hasta la correspondiente actuación catastral, sin poderse exigir siquiera este Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. La nueva redacción que dio la Ley 50/1998 supuso un intento más de acabar con tal estado de cosas:

1.º Se potenció la modificación de las Ponencias de valores relativas a zonas e incluso fincas, regulándose en detalle el informe previo y el sistema de recursos (apartado 2).

2.º Se introdujo en el apartado 3 una sustancial alteración que supone una modificación tácita y automática de las Ponencias de valores en caso de modificación del planeamiento que afecte al aprovechamiento urbanístico pero manteniendo los usos anteriormente fijados, siempre que la Ponencia en vigor refleje para estos usos el valor de mercado. La modificación de la Ponencia afectará a los nuevos parámetros urbanísticos y los nuevos valores catastrales se determinarán conforme a los mismos.

3.º Sobre todo, el párrafo segundo del art. 73.3 hizo frente al supuesto de bienes que adquieran naturaleza urbana al ser clasificados como urbanizables. En tal sentido, el nuevo precepto remite a lo previsto en la DA segunda de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, según la cual tendrán la consideración de urbanizables los terrenos que así clasifique el planeamiento y estén incluidos en sectores, así como el resto del suelo clasificado como urbanizable a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que lo desarrolle.

4.º Para este específico supuesto, y hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la edificabilidad a materializar en cada una de las parcelas afectadas, se introdujo la muy novedosa particularidad de un nuevo sistema de valoración: los bienes podrán ser valorados mediante la aplicación de los módulos específicos para los distintos usos que se determinen por Orden del Ministro de Economía y Hacienda (Orden de 5 de julio de 2000).

5.º En ninguno de los dos supuestos anteriores -los del apartado 3 del art. 71- será precisa la tramitación de una modificación de la Ponencia de valores. Además, y esto supone una novedad práctica de la mayor trascendencia, la notificación y eficacia de los valores catastrales resultantes de la modificación ya no se regirá por las reglas del art. 70 -eficacia diferida-, sino por las novedosas y específicas de los nuevos arts. 75.3 y 77.3 LHL.

6.º Ello supone la eficacia retroactiva de los valores catastrales y la consiguiente posibilidad de exaccionar retroactivamente los correspondientes atrasos no prescritos. El art. 75.3 LHL, según la redacción de la

Ley 50/1998, estableció con toda claridad que la eficacia de las alteraciones de orden físico, económico o jurídico no quedará supeditada a la notificación de los actos administrativos correspondientes. Por su parte, en el texto del art. 77.3 LHL, según la redacción por la misma Ley 50/1998, se excluye explícitamente la aplicación en estos supuestos de lo previsto en el art. 70.4, esto es, la efectividad en el año siguiente al de notificación". En virtud de lo expuesto por el Tribunal Superior de Justicia, resulta con claridad la no aplicación en el momento del devengo del impuesto de la doctrina contenida en la STS en que se basa la sentencia apelada, doctrina que, a juicio del Tribunal, es explícitamente rechazada en el texto legal producto de la reforma por la Ley 58/1998.

Por consiguiente, se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento demandado en la instancia, por cuanto la sentencia apelada se basa en una legislación y jurisprudencia anterior a la aplicable en el caso, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo, revocando la sentencia apelada y declarando ajustada a derecho la liquidación a que se refiere.

XVII.-TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

1.TASA POR TRÁNSITO DE GANADO. SON AJUSTADOS A DERECHO EL ESTABLECIMIENTO ASÍ COMO LA EXIGENCIA DE LA TASA IMPUGNADA. EL AYUNTAMIENTO HA JUSTIFICADO DE FORMA SUFICIENTE MEDIANTE LA MEMORIA Y ESTUDIO TÉCNICO ECONÓMICO-FINANCIERO OPORTUNO LA CUOTA EXIGIDA CON BASE A UN REPARTO DE LOS COSTES ESTIMADOS ENTRE LAS CABEZAS DE GANADO EXISTENTES EN LA LOCALIDAD. NO INCUMPLE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ART. 24.1.A) LHL EL NO ESTABLECERSE DISTINCIÓN ALGUNA ENTRE LOS DISTINTOS TIPOS DE GANADO A LA HORA DE DETERMINAR LA BASE IMPONIBLE. ES CORRECTO EL ESTABLECIMIENTO EN EL INFORME TÉCNICO-ECONÓMICO DEL CRITERIO DE REPARTO POR CABEZA DE GANADO. NO EXISTE DOBLE IMPOSICIÓN POR COINCIDIR ESTA TASA DE TRÁNSITO DE GANADO CON EL PAGO DEL CANON DE PASTOS Y RASTROJERAS.

Sentencia 165/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Burgos, de 24 de marzo de 2006

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se enfrenta a la solicitud de declaración de nulidad de un acuerdo municipal por el que se establece una tasa por tránsito de animales y ganados por la vías públicas, así como del acuerdo aprobando la expresada tasa, con imposición de las costas a la administración demandada.

Se alega por los recurrentes la nulidad del procedimiento de establecimiento de la tasa por no respetar las exigencias del art. 25 de la Ley de Haciendas Locales, al carecer el informe técnico-económico de la concreción necesaria para servir de justificación a las exigencias del precepto; por no existir el hecho imponible de la tasa; por no existir presupuesto de la entidad local; por no ajustarse la cuota tributaria a las exigencia del art. 24.1.a) de la Ley de Haciendas Locales; y por suponer doble imposición dada la potestad reconocida a la Junta Agropecuaria Local en materia de pastos.

En relación con el primero de los motivos alegados por los recurrentes, es decir, que no se cumple con las exigencias del art. 25 de la LHL en cuanto que establece que «Los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente», a juicio de los recurrentes el informe técnico-económico que ha servido de base al establecimiento de la tasa es ambiguo e indeterminado sin concretar las partidas en las que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste; denunciando así mismo que no se ha expresado qué partidas concretas son necesarias para cubrir el coste y del informe técnico no se deduce sino que se han incluido conceptos expresamente excluidos de la aplicación de la tasa como la limpieza de vías públicas. Así, el Tribunal considera en primer lugar que debe llevarse a cabo una matización pues «el art. 21.1.e) de la LHL no utiliza el concepto «vías publicas» que citan los recurrentes sino el de «vía pública». Ello es importante pues mientras

el primero se refiere caminos, carreteras, veredas, etc., en definitiva vías de comunicación entra localidades o términos de la misma localidad; el segundo, «vía publica», se refiere a las calles que integran el casco urbano. Del informe técnico-económico resulta claramente que esta utilizando el primero de los conceptos, y por tanto respecto del mismo no concurre la exclusión de la tasa prevista en el art. 21.1.e) de la LHL, que se refiere a limpieza de la vía pública en el sentido de casco urbano, y para uso normal de la vía publica, no para usos especiales”.

Una vez considera el Tribunal la necesidad de contar con una memoria financiera o un informe económico, se constata que en el expediente administrativo existe lo que se denomina «Informe Técnico-económico para el establecimiento de la Tasa por Transito de Ganado», respecto del cual la parte recurrente lo considera inmotivado, insuficientemente detallado. Al respecto, se afirma en la Sentencia objeto de reseña que en el citado Informe “se desglosan dentro de los gastos directos gastos de personal, 1.200 € y gastos de bienes corrientes y de servicios totales, por 1.800 €; indicando a su vez unos costes indirectos por gastos generales de administración de 1500 €. Dando un total de gastos de 4.500 €. Indicándose a continuación como justificación que son gastos derivados de la contratación de obras de mantenimiento y conservación de las vías publicas y caminos de la localidad, así como la limpieza y desinfección de los mismos lo que supone acometer gastos de contratación de personal y medios materiales para dicho fin, a la que se añaden los gastos de gestión administrativa de dicha actividad.

Para seguidamente justificar la cuota con base en un reparto de los costes estimados entre las cabezas de ganado existentes en la localidad”. Por consiguiente, a juicio del Tribunal Superior, “existe una justificación de los conceptos por los que se generan los gastos estimados como de la cuantía de la cuota prevista”; justificación “puede considerarse suficiente para una corporación como la demanda, al recoger los gastos posibles y el criterio de reparto de los mismos entre las cabezas de ganado existentes”.

En relación con el motivo de impugnación consistente en la denuncia de inexistencia de hecho imponible, corre la misma suerte des-

estimatoria pues, tal y como se afirma en el FJ3 “desde el momento que el ganado en sus desplazamientos en busca de pastos desde las cuadras o rediles se desplaza no sólo por tierras de labor o eriales particulares, sino que para sus desplazamientos utiliza las vías publicas, caminos o calles de la localidad y los terrenos públicos; y es esa utilización la que permite la imposición de la tasa de acuerdo con el art. 20.3.p) de la LHL en la redacción dada por la Ley 66/1998. Habiendo quedado acreditado en las actuaciones que efectivamente está realizado el inventario de bienes de la localidad estando incluido en el mismo los caminos. Téngase en cuenta que los animales no realizan sus desplazamientos solo por la cañada”.

Por lo que se refiere a la denuncia de ausencia de presupuesto como motivo de impugnación del acuerdo de imposición de la tasa, ésta es objeto de análisis en el FJ4, considerando el Tribunal que “tampoco puede ser estimada desde el momento en que una cosa es la aprobación de una ordenanza fiscal que supondrá en el momento de su aplicación unos ingresos, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de aprobar los presupuestos anuales de la localidad, y otra muy distinta que la existencia de presupuestos anuales se requisito para la aprobación de una tasa. La posibilidad de establecimiento de la tasa deriva de la ley que faculta su establecimiento siempre que concurra el hecho imponible gravado con la misma, como aquí ha quedado acreditado, otra cosa es que los ingresos que de la aplicación de la tasa deban estar incluidos en la previsión de ingresos y de gastos que suponen los presupuestos, que no olvidemos es una previsión de ordenación de recursos. Aplicación de la tasa que por lo demás esta supeditada a su efectividad previa publicación y posterior determinación a través de la aprobación del padrón de los presupuestos de las liquidaciones tributarias a emitir”.

En relación con el incumplimiento de las previsiones del art. 24.1.a) de la LHL por no establecer los criterios o reglas para determinar la base imponible al no distinguir entre animales y no estar contemplado el uso de las vías por los perros, establece la Sentencia en su FJ5 que “el uso de las vías por los perros no se debe contemplar porque los perros no entran del concepto de ganado, que es al que se refiere el art. 2.º 3.p) de la LHL.

En cuanto a la diferenciación de especies de ganado es cierto que no se ha diferenciado, pero también es cierto que el informe técnico-económico si que establece un criterio cual es el reparto por cabezas de ganado, sin que la alegación de que dicho reparto sea injusto este justificada es más se ha de decir que si se conoce la vida del pueblo, no es tanto el peso como el arrastre de piedras y cantos rodados, alterando con ello del firme, lo que más deteriora los caminos y en este sentido por ejemplo el ganado ovino y caprino hace más daño a los caminos que el ganado mayor...”.

Finalmente el Tribunal pasa a resolver en el FJ6 la cuestión litigiosa consistente en la existencia de doble imposición por coincidir la tasa prevista con el cobro del canon de pastos y rastrojeras. En relación con ello, se afirma que “el pago de los pastos es una tasa impuesta por la Junta Agropecuaria Local por el aprovechamiento de la hierbas y restos de aprovechamientos agrícolas como paja, espigas caídas etc. para la alimentación de los animales; mientras que la tasa aquí cuestionada lo es por el tránsito a través de vías y terrenos públicos sin incluir el aprovechamiento para alimentación de los animales”.

Por consiguiente, se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmando la resolución recurrida, sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas.

2.CONTRIBUCIONES ESPECIALES. HECHO IMPONIBLE. LA CREACIÓN DE UNA AMPLIA ZONA DE APARCAMIENTO Y LA INTEGRACIÓN DE LA CALLE EN EL TRAZADO DE LA RED VIARIA SUPONE UN BENEFICIO ESPECIAL PARA LAS FINCAS LIMÍTROFES. BASE IMPONIBLE. CUANTIFICACIÓN DEL COSTE DE LAS OBRAS. DEBEN EXCLUIRSE LAS OBRAS DE MERA REPARACIÓN, REPOSICIÓN, MANTENIMIENTO O CONSERVACIÓN (SE ADMITEN SÓLO LAS OBRAS QUE SUPONGAN UNA MEJORA CUANTITATIVA O CUALITATIVA), ASÍ COMO LOS CONCEPTOS RELATIVOS AL SISTEMA DE RECOGIDA Y EVACUACIÓN DE AGUAS PLUVIALES Y RESIDUALES AL AFECTAR A VARIAS CALLES DEL MISMO SECTOR. NO PROCEDE LA EXCLUSIÓN DE LA PARTIDA RELATIVA A LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO DE SEPARACIÓN DE LA LÍNEA

FÉRREA, PUES RESPONDE A RAZONES ESTÉTICAS Y BENEFICIA A LA TOTALIDAD DE LOS INMUEBLES AFECTADOS. LOS MÓDULOS DE REPARTO ATENDIENDO A LOS METROS LINEALES DE FACHADA Y AL VOLUMEN EDIFICABLE RESULTAN PROPORCIONADOS.

Sentencia 163/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de febrero de 2006

En esta Sentencia se resuelve un recurso de apelación interpuesto por un Ayuntamiento contra la sentencia apelada, que se revoca íntegramente, en el sentido de mantener el acuerdo de imposición y ordenación de las contribuciones especiales por unas obras de urbanización.

La sentencia apelada parte de la consideración de que la única finalidad de la obra proyectada consiste en la construcción de un aparcamiento de superficie, con el mayor número de plazas que sea posible y que sirva además de refuerzo del aparcamiento existente en una plaza cercana, añadiendo que tal espacio de estacionamiento se halla integrado en el trazado de la red viaria, con enlace a la carretera principal de acceso a la población y el emplazamiento de los centros de comunicaciones, como las estaciones de autobuses, aeropuertos y estación de ferrocarril, que constituyen los elementos básicos del sistema general de comunicaciones; de ahí que se concluya en la sentencia apelada que se trata de obras que deben ser consideradas como parte del sistema de comunicación del Ayuntamiento, por lo que ha de desecharse la existencia de un beneficio especial de las fincas colindantes con la nueva calle, por tratarse de un sistema general en el que el beneficio es común para todo el pueblo, con exclusión del hecho imponible de las contribuciones especiales.

Por parte de la Corporación apelante se opone, como fundamental motivo de impugnación, que el principal objetivo del proyecto de urbanización de que se trata no lo constituye únicamente la construcción del mayor número de plazas de aparcamiento, sino que es fruto de la necesidad de urbanizar la calle, con definición de una zona para calzada, una para estacionamiento y otra para aceras, con su respectivo tratamiento y acabados, según se infiere de la propia memoria descriptiva y de los infor-

mes emitidos a lo largo del procedimiento, en los que se pone de manifiesto que la urbanización de la calle en cuestión tiene una antigüedad aproximada de treinta años, y si bien dispone de los servicios de agua corriente, electricidad, gas y telefonía, no cuenta con suficiente iluminación y el estado de la calzada es muy deficitario; concluyendo que el beneficio especial se ha de referir al conjunto de las obras y que en este caso la generalidad de las mismas comporta un beneficio muy importante a los afectados, si se tiene en cuenta la deficiente situación de la calle.

Si tenemos en cuenta el art. 28 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, aplicable al caso, en el mismo se establece: «Constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las Entidades respectivas».

Pues bien, comienza la Sentencia objeto de reseña citando a su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002, en la que, en relación con la cuestión litigiosa, se establece que: «En todas las obras y servicios de carácter público concurren, por regla general, el interés general y el beneficio particular, representado este último por el mayor grado de posibilidad de usar y disfrutar de las infraestructuras realizadas, por parte de aquellos ciudadanos que viven o realizan su actividades en las proximidades de donde se realiza la obra o se establece el servicio o bien en el aumento de valor de las propiedades.

Ahora bien, ello no quiere decir que cualquiera que sea el grado de beneficio particular y de incremento en el valor de las propiedades, será posible el establecimiento de contribuciones especiales a que nos estamos refiriendo. Aunque el art. 28 de la Ley de Haciendas Locales no lo diga expresamente, la Jurisprudencia ha entendido siempre que este tributo, que constituye una excepción al principio de la generalidad de las cargas, solo puede imponerse a los especialmente beneficiados cuando ese beneficio sea sensiblemente superior al general, ya lo sea por su extensión o su intensidad (así la Sentencia de 16 de octubre de 1990); cuestión que depende, en gran medida, de la apreciación de la prueba (...).

Por último y en cuanto a la concreta cuestión de si las obras a realizar en las redes de suministro de agua y alcantarillado para evacuación de las residuales, constituían o no hecho imponible de las contribuciones especiales, aparte de que -como ya hemos apuntado- es una cuestión de apreciación de la prueba no discutible en este recurso (Sentencia de 18 de abril de 1994), además es criterio jurisprudencial (Sentencia de 18 de abril de 1989) que las mejoras en estas redes, cuando son preexistentes no pueden financiarse mediante el tributo discutido».

Y por lo que se refiere a los denominados sistemas generales, la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1998 en la que se afirma: «Es claro que el trazado de la red viaria, su enlace con las carreteras y el emplazamiento de los centros de comunicaciones, como las estaciones de autobuses, de ferrocarriles, aeropuertos, etc., constituyen los elementos básicos del sistema general de comunicaciones (...)

La idea del beneficio especial se halla relacionada con la ejecución de obras que afectan de modo concreto, directo y especial a determinadas personas, como acontece cuando se pavimenta o se hace el acerado de una específica y concreta calle, pero en el entendimiento que siempre debe pretenderse un interés común o general, de modo que dichas obras generan un beneficio especial predominante, que se va difuminando progresivamente a las zonas mas cercanas, hasta llegar y expandirse e identificarse como beneficio común o general a todos los propietarios de inmuebles.

En cambio, en las obras que constituyen los sistemas generales el fin predominante es el interés común, que por supuesto afecta a todos los propietarios, pero que normalmente no genera un beneficio especial, sino la simple concreción individual de dicho interés común, que no es lo mismo».

En similares términos se pronuncia la sentencia del mismo Tribunal de 16 de abril de 1998, cuando señala que: «La jurisprudencia de esta Sala ya ha dejado sentado, con reiteración, que, “para poder imponer contribuciones especiales, es necesario que quede acreditada la exis-

tencia de un beneficio especial (que es uno de los factores que componen el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible), destruyéndose el concepto de beneficio especial si se entendiera que el beneficio común o general es equivalente a aquél”».

Incluso el mismo Tribunal Superior de Justicia Catalán ha tenido ocasión de establecer en la Sentencia 1108/05, de 10 de octubre, que «el hecho de que nos hallemos (...) ante una obra que supone un innegable beneficio general para el conjunto de la población, no excluye la posibilidad de exacción de contribuciones especiales a los sujetos pasivos especialmente beneficiados, siempre que en la cuantificación del tributo se pondere racionalmente el grado de incidencia de cada uno de los beneficios expresados -sentencia n.º 409/02, de 22/03/02 entre otras-».

Una vez fijadas estas cuestiones, el Tribunal Catalán reconoce que “si bien es cierto que la memoria del proyecto de urbanización que nos ocupa alude específicamente a que «el principal objetivo del proyecto es, sin duda, alcanzar el mayor número de plazas de aparcamiento posible», como señala el Juzgador «a quo» en su resolución, ello no obstante, no puede desconocerse que en la descripción del repetido proyecto se contienen otras especificaciones asimismo recogidas en la sentencia apelada, que hacen referencia a los siguientes extremos: «a grandes trazos, las obras que contempla el proyecto consisten en la formación de aceras, generando una amplia zona de aparcamiento de refuerzo del aparcamiento de la plaza de la estación, pavimentación asfáltica de la calzada, adecuación de la red existente de alcantarillado a las nuevas necesidades y su desdoblamiento en red de recogida de aguas fecales y de aguas pluviales, así como la dotación de nuevas redes de suministro de servicios y mejora y adaptación al proyecto de las ya existentes...» Añadiendo lo siguiente: «Aunque la calle tiene un marcado uso como aparcamiento, no se ha querido sin embargo descuidar su aspecto estético. En este sentido, ha de destacarse como elementos de especial relevancia en el conjunto de la actuación la construcción y ordenación de una plaza [...] en la confluencia con la calle [...], siguiendo las directrices de PGOM y la construcción de un muro singular que discurre paralelamente al andén de la vía, hecho con traviesas de madera recicladas de ferrocarril dispuestas verticalmente que genera una franja ajardinada elevada y describe unas olas sinuosas que acompa-

ñan un agradable paseo arbolado de acera ancha, con bancos dispuestos a todo lo largo de su recorrido».

Se trata, por consiguiente, de urbanizar la zona mediante la implantación de nueva pavimentación y aceras, inexistentes o deterioradas en algunos tramos como consecuencia de su antigüedad, al propio tiempo que se adaptan a las nuevas necesidades las redes de alcantarillado y demás servicios de abastecimiento de agua, hidrantes contra incendios, electricidad, gas, telefonía y comunicación, se implanta por primera vez la red de alumbrado, y se construye un muro de contención, con el correspondiente paseo arbolado, en aras a integrar la zona en el casco urbano”.

Por ello, a juicio del Tribunal “no puede desconocerse que la urbanización del tramo en cuestión representa un incuestionable beneficio para las fincas limítrofes que se traduce, como acertadamente sostiene la sentencia apelada, en una notable mejora de los accesos, evidente revalorización de los inmuebles y notoria obtención de aprovechamiento urbanístico, a lo que cabría añadir el sensible beneficio en términos de esparcimiento y estéticos que se infiere de la creación de un paseo arbolado, como se ha visto”.

Discrepa en cambio la Sentencia objeto de reseña con el parecer de la sentencia apelada en el sentido de que el beneficio común o general que asimismo conlleva la creación de una amplia zona de aparcamiento y la integración de la calle en el trazado de la red viaria, revista tal entidad que quede eliminado por este último aquel beneficio especial y definitivamente excluido el hecho imponible; al contrario, “se estima por el Tribunal que el beneficio de las obras en su conjunto para los inmuebles colindantes resulta lo suficientemente significativo en este caso como para justificar la imposición de las contribuciones especiales que nos ocupan; si bien se hace preciso atemperar el porcentaje a repercutir en tal concepto a la efectiva entidad y correlación existente entre el beneficio especial y el general de la población, de tal forma que procederá repercutir únicamente el 30% del coste de la obra, debiendo soportar la Corporación municipal demandada el 70% restante, en concordancia con la pretensión deducida por la actora con carácter subsidiario”.

El Tribunal también se enfrenta en el FJ4 a la cuestión relativa a las concretas partidas que integran las obras de que se trata, citando al respecto sus propias sentencias de 30 de abril de 2001, 8 de abril y 3 de mayo de 2002, en las que ya se pronunció al respecto, en el sentido de que “están excluidas del ámbito de las contribuciones especiales las obras de mera reparación, reposición, mantenimiento o conservación”, matizando que “dentro del concepto «ampliación» cabe no sólo la mejora cuantitativa sino también la cualitativa, y así, por ejemplo, los gastos de sustitución de bombillas fundidas o de farolas derribadas por el viento no pueden ser objeto de contribuciones especiales, sí, en cambio, el aumento de punto de luz -mejora cuantitativa- o la sustitución de lámparas de incandescencia por otras de sodio con mayor poder lumínico y menor consumo -ampliación cualitativa-; debiendo concluirse que aunque en la mera reparación hay inversión, siempre habrá que distinguir entre la simple reparación por deterioro con la renovación, ampliación o mejora que sí constituyen una inversión y, por consiguiente, fundamentan la exacción de contribuciones especiales. La conclusión parece más clara aun si se trata de obras o servicios ya amortizados, por lo que se excluye cualquier idea de reparación, entretenimiento o conservación, y lo mismo debe predicarse en los supuestos en que los anteriores servicios sean incompatibles con los actuales «standars» y, en particular, con las normas de seguridad mínimamente exigibles (así, alumbrado existente, pero que incumple las normas de seguridad para evitar accidentes de fatales consecuencias), sin que resulte dudoso que en todos esos casos hay, estrictamente, una «ampliación» del servicio, e incluso un propio «establecimiento» de uno nuevo acorde con las exigencias del tiempo presente”.

La sentencia del mismo Tribunal, de 9 de febrero de 2001, añade que «dentro de los términos “realización de obras públicas” o “establecimiento de servicios públicos” empleados por el art. 28 de la L.H.L, deben entenderse incluidos los conceptos de arreglo, mejora e incluso sustitución, pues antedichos los antecedentes legislativos (art. 216.1 del R.D.L. 781/1986) y la finalidad de este tributo (hacer responder directamente a los beneficiados por la actuación local) dichos vocablos abarcan no sólo las instalaciones y obras ex novo, sino las ejecutadas para subsanar las deficiencias e insuficiencias de las ya preexistentes». En similares términos se pronuncian las sentencias de este mismo Tribunal, Sala y

Sección,39/05, de 21 de enero, 1052/05, de 29 de septiembre, y 1158/05, de 24 de octubre.

En este caso, afirma la Sentencia reseñada, “nos hallamos ante obras de urbanización y de implantación, remodelación o sustitución de los servicios de que se trata, según los casos, que deben quedar encuadradas en el concepto de ampliación anteriormente referenciado, a tenor de los informes y de la memoria constructiva obrantes en el expediente, sin que puedan calificarse de mera sustitución o reparación, como se propugna por la actora, que no ha aportado elementos de prueba que desvirtúen lo anterior. Señalando la ya citada sentencia de 9 de febrero de 2001, que «frente a particulares criterios subjetivos sobre lo que es o no suficiente a estos efectos debe prevalecer el municipal que se presume basado en datos reales y técnicos y cuyo fin es la satisfacción y consecución de los intereses de los ciudadanos de forma objetiva e igualitaria»”.

A continuación la Sentencia, en su FJ5 excluye de las partidas integrantes de la base imponible de este tributo lo relativo al sistema de recogida y evacuación de aguas pluviales y residuales, en la medida en que el citado sistema da servicio a varias calles del mismo sector y no únicamente a la calle a cuyos vecinos se exige el pago de la contribución especial, por tratarse “de una calle perimetral que constituye un verdadero final de casco urbano donde comienzan o acaban diversas calles, de manera que la única evacuación posible de las aguas, por efecto de la gravedad, pasa por atravesar dicha vía”.

En cambio, no se excluye la partida relativa a la construcción del muro de separación de la línea férrea pues, “a tenor de las propias características del proyecto, no se trata propiamente de un muro de contención sino que responde a razones estéticas que benefician a la totalidad de los inmuebles afectados...”.

En relación con los módulos de reparto tomados en consideración en este caso, en el que se atiende a los metros lineales de fachada y al volumen edificable, entiende el Tribunal que “se ajustan al principio de justicia en el reparto, en la medida en que las distintas fincas beneficiadas por las obras contribuyen a su financiación en un porcentaje que repre-

sentencia, a criterio del Tribunal, la adecuada proporción con el beneficio obtenido por aquéllas en relación con el que tales obras pudieran representar para la compañía RENFE, a tenor de las circunstancias concurrentes”.

La Sentencia resuelve el recurso revocando íntegramente la sentencia apelada, en el sentido de mantener el acuerdo de imposición y ordenación de las contribuciones especiales por unas obras de urbanización, con la única salvedad de que el porcentaje a repercutir en tal concepto se fija en el 30% del coste de las obras, previa exclusión de la partida correspondiente al sistema de recogida y evacuación de aguas pluviales y residuales, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

NOTA:

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 (Investigadora Programa Juan de la Cierva MEC). 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 de Universidad). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Profra. Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comentados por J. Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof. Asociado de Universidad). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia M^a Luchena Mozo (Profra. Titular de Universidad) realizando también las tareas de coordinación junto al Prof. Dr. D. Miguel Angel Collado Yurrita (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario). Los apartados XV, XVI y XVII serán comentados por Pedro José Carrasco Parrilla (Prof. Titular de Universidad).

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA LA MANCHA

PILAR DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla La-Mancha.

CONTRATO DE DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA: doctrina jurisprudencial: concepto: diferencias con el contrato de agencia; **RESOLUCION:** por incumplimiento: a instancias de la concedente: preaviso efectuado conforme a lo pactado: incumplimiento por el distribuidor o concesionario de la prohibición de competencia. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 7 marzo de 2006.**

En esta Sentencia se analiza previamente y con efectos meramente ilustrativos la diferencia entre un contrato de distribución y un contrato de agencia. En este sentido se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004, según la cual, *“el contrato de distribución exclusiva puede definirse como aquel por el cual una de las partes (el concesionario) pone su establecimiento al servicio de la otra (el concedente) y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de la última productos, normalmente de marca, para revenderlos, en régimen de exclusiva, en un espacio geográfico determinado, a facilitar asistencia técnica, en su caso, a los clientes tanto antes como después de la venta, a soportar el riesgo y ventura de los contratos de venta celebrados y a garantizar el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los productos vendidos; y respecto al cual la doctrina jurisprudencial ha sentado que: lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que le diferencia del contrato de agencia”* (F. D. 2º).

Calificado el contrato que une a las partes como contrato de distribución en exclusiva, la cuestión fundamental que se discute en la alzada es determinar si la pretensión del distribuidor, actor ahora apelante, tiene o no el apoyo contractual que se pretende. Concretamente, la reclamación de cantidad que efectúa el actor frente a la demandada, se apoya en dos cláusulas contractuales relativas a la denuncia unilateral del contrato con las condiciones de preaviso en caso de incumplimiento de la prohibición de competencia impuesta exclusivamente al apelante distribuidor.

Estas cláusulas no contienen obligación alguna de indemnización por parte del concedente al actor distribuidor, máxime cuando se pacta la exoneración para ambas partes en caso de denuncia unilateral. Por consiguiente, la Audiencia afirma que la reclamación de cantidad efectuada por el actor carece de apoyo contractual.

Cuestión distinta, es, según la Audiencia, que una resolución que no se encuentre fundamentada en el incumplimiento contractual de una de las partes, caso previsto en el art. 1124 del CC pueda dar lugar a la solicitud por parte del contratante cumplidor de ser indemnizado por los perjuicios que ello le pueda ocasionar, pero ello, responde a los principios generales de todo contrato que contiene obligaciones recíprocas, pero, en todo caso, al margen de los pactos en base a los cuales acciona el actor.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS DERIVADOS DE INMISIONES ILICITAS: ruidos: nexo causal entre las secuelas de la parte actora y su hijo y el ruido que provenía del local de la demandada: ausencia de aislamiento acústico: nivel transmitido muy superior al permitido. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 5 mayo de 2006.**

En primera instancia se desestima la demanda porque considera que no queda acreditado el nexo causal entre las secuelas de la parte actora y su menor hijo y el ruido que provenía del local de la demandada.

Al respecto, declara la Audiencia que corresponde examinar en esta alzada es si ha habido una errónea interpretación de la prueba practicada en el caso por el Juez de instancia. En consecuencia, acreditado el daño, es esencial probar la relación de éste con el ruido procedente de la actividad desarrollada por la demandada. Así mismo, considera la Sala que al margen de la discusión sobre el desarrollo de la actividad cumpliendo las medidas administrativas requeridas para su ejercicio, no es obstáculo para una eventual acción civil que los afectados puedan ejercitar en defensa de sus derechos subjetivos lesionados, así como tampoco para reclamar la responsabilidad de quienes las cumplen, cuando esas normas sean insuficientes para evitar consecuencias lesivas.

Según el Tribunal, lo que rompe la relación de causalidad es el criterio temporal que de forma más evidente cede respecto de las secuelas padecidas por la actora, por cuanto las sigue padeciendo dos años y cuatro meses después del cierre del local, cuando, por definición, “el trastorno adaptativo debe resolverse dentro de los 6 meses que siguen a la desaparición del estresante”, trastorno que, por demás *“nunca puede dejar una secuela ya que el trastorno adaptativo es autolimitado por definición”*. (F. D. 4º). Este lapso temporal no es un axioma matemático y depende de las características de cada individuo. Pero en el caso de la actora excede en más de cinco veces, sin que esta situación responda a sus específicos y personales parámetros. Comparte la Sala lo argumentado en la sentencia de instancia en el sentido de que, las secuelas reclamadas por la actora no responden, con criterios de temporalidad, al necesario nexo causal. No ocurre lo mismo, a juicio de la Audiencia con el trastorno diagnosticado en el menor, porque en él sí concurre el criterio de temporalidad, queda acreditado que el niño es dado de alta unos meses después del cierre del local.

DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA: improcedencia: manifestaciones en una entrevista televisiva y en medio escrito en un conflicto surgido por la donación de un estandarte a la cofradía de Caballeros de Nuestra Señora de Gracia: crítica de una determinada actuación de la Cofradía, en orden al reconocimiento de una determinada donación, sin llegar a aspectos o descalificaciones personales aunque utilizase la ironía. **Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 29 mayo de 2006.**

La cuestión principal debatida en la alzada es la de considerar o no, como atentatorias al honor de la actora, las expresiones y opiniones vertidas por la demandada en medio audiovisual y escrito, a propósito de un conflicto surgido por la donación de un estandarte a la cofradía de Caballeros de Nuestra Señora de Gracia. Dicho estandarte, bordado por la demandada, fue prometido por el padre de esta a la Cofradía. El conflicto surge porque la demandada entiende que la Cofradía no realiza gesto de agradecimiento a dicha donación, ni señala públicamente quien fue su donante, como afirma se comprometió en su día, motivo por el cual realiza las críticas que constan en la documentación escrita y audiovisual.

Considera la Sala al respecto que la libertad de opinión y de crítica sólo ha de entenderse limitada por el respecto a los derechos individuales y constitucionales en conflicto, y entre ellos esencialmente, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Según doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso, atendiendo al contexto y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos. En el caso enjuiciado ha de considerarse que las expresiones se realizan ante una actividad de la cofradía y su presidencia de trascendencia pública y por ende susceptibles de libre crítica y cuestión, debiendo soportar la existencia de diferentes puntos de vista sobre sus actos.

A juicio del Tribunal, la demandada en su libre ejercicio de la libertad de opinión y de crítica, no sobrepasó los límites de las libertades, ni lesionó el derecho al honor de la apelante, pues aunque utilizó la ironía, únicamente se limitó a descalificar y criticar una determinada actuación de la Cofradía, en orden al reconocimiento de una determinada donación, pero sin insultos o descalificaciones personales.

JUICIO CAMBIARIO: PROCEDIMIENTO: DEMANDA DE OPOSICION: EXCEPCIONES: PAGO: improcedencia: acreditación por el tenedor de que entre el librador y el mismo existieron diversos negocios con distinto resultado: compete al obligado cambiario probar que el pago que opone corresponde al pagaré reclamado; **FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA:** improcedencia: acción cambiaria ejercitada por quien figura como beneficiario en el pagaré; **FALTA DE FORMALIDADES NECESARIAS:** improcedencia: alteración de la fecha de vencimiento en el pagaré: falsedad no probada por el ejecutado; **EXCEPCION BASADA EN LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE EL DEUDOR CAMBIARIO Y EL TENEDOR DE LOS EFECTOS:** improcedencia: existencia de relaciones comerciales entre las partes. **Audiencia Provincial Toledo. Sentencia de 27 octubre de 2005**

La primera excepción alegada por el obligado cambiario en la demanda de oposición en el procedimiento cambiario de ejecución de pagarés es la del pago de los pagarés ejecutados. Sin embargo, al no

establecerse la identidad de la deuda pagada con la consignada en los mismos, la Audiencia desestima este motivo de la oposición. Añade la Sala en este punto que *“Acreditado por el tenedor que entre el librador y el mismo, existieron diversos negocios con distinto resultado, compete al obligado cambiario probar que el pago que opone corresponde al pagaré que se le reclama. No es preciso en un juicio ejecutivo demostrar la complejidad de las relaciones económicas entre las partes, ni un resultado final, puesto que la propia esencia del juicio cambiario limita las posibilidades de oposición.”*. (F. D. 1º).

En segundo lugar se exceptiona la falta de legitimación activa para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva. No obstante, tal y como manifiesta el Tribunal, conforme al art. 94 de la Ley Cambiaria y a los arts. 19 LCCh, 49 LCCh, y 50 LCCh, a los que se remite el art. 96 LCCh, está legitimado para reclamar el pago de un pagaré todo tenedor cuya condición resulte justificada por el título mismo, bien por su condición de beneficiario, bien por una cadena interrumpida de endosos. En el presente caso, la acción cambiaria es ejercitada por quien figura como beneficiario en el mismo pagaré, por lo que no puede serle negada la legitimación activa.

El Tribunal declara que aún cuando no cabe propiamente la excepción de falta de provisión de fondos cuando lo que sirve de fundamento a la acción cambiaria es un pagaré, si puede ser alegada la falta de relación o sustrato causal cuando se trate de acción directa a través de la posibilidad de alegar las relaciones personales con la parte actora que admite el art. 67 LCCh. Al respecto se cita la SAP de Murcia de 21 de septiembre de 1999, según la cual *“la utilización de la expresión “falta de provisión de fondos” no es de recibo respecto de los pagarés, sino que habría de emplearse la más acertada de “excepción basada en las relaciones personales entre el deudor cambiario y el tenedor de los efectos”*. (F. D. 2º).

En cuanto a la carga de la prueba de la falta de provisión la Sala sostiene la doctrina común contenida entre otras en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 19 de mayo de 1999, de acuerdo a la cual, *“mientras en la legislación anterior cambiaria podía el librado-aceptante alegar la falta de provisión de fondos por el librador, trasladando a éste la probanza de tal provisión, dado el carácter causal de la letra en la actualidad y tras la Ley 19/1985 es deudor por el hecho de aceptar la*

orden de pago que la letra entrañaba, lo que conlleva a conceder apariencia de licitud y realidad a la obligación cambiaria por la eficacia constitutiva del título, con lo que ya no recae sobre el librador la carga de la prueba, sino que incumbe al aceptante justificar las excepciones personales que crea ostentar frente al tenedor, incluidas pues las dimanantes de la relación provisoria, o su ausencia". Añade la Sala que "En el caso enjuiciado la ejecutante no es una extraña a cuyo poder han llegado unos pagarés sin que pueda justificar la razón de su posesión, sino una empresa con la que el ejecutado reconoce «haber mantenido relaciones comerciales»". (F. D. 2º).

El apelante alega ausencia de las formalidades de acuerdo al art. 94 de la LCCh, por alteración de la fecha de vencimiento en el pagaré. Sin embargo se trata de una enmienda que es salvada en el reverso del documento bajo la firma del ejecutado. Al respecto, aplica la Audiencia la doctrina de que la autenticidad de la firma de un documento implica, con presunción «iuris tantum», la de su contenido, salvo prueba en contrario. Del mismo modo, la suscripción de un documento supone la aceptación de todo su contenido por quien lo firma. En definitiva, se trata de una falsedad no probada por el ejecutado que es a quien corresponde la carga de la prueba, conforme a la regla general que establece el artículo 1214 CC, hoy artículo 217 de la nueva LEC.

En último lugar, se recurre la posición del avalista, quien insiste en que firmó los pagarés en calidad de endoso, y no de aval. Al respecto, declara la Audiencia, conforme al art. 36 de la LCCh, aplicable al pagaré, que la interpretación de la firma en lugar destinado normalmente al aval, sin la expresión «por aval» u otra semejante, siempre que el demandado no haya expresado cosa distinta, y esta voluntad no se pueda deducir de actos coetáneos, antecedentes o posteriores, se entiende que lo hacía "por aval".

MANDATO: OBLIGACIONES DEL MANDANTE: remuneración al mandatario: procedencia: el compromiso de otorgar la gestión de la venta del inmueble a un tercero lo asumieron los dos demandados conjuntamente: responsabilidad solidaria: copropietarios que reúnen los dos tercios de la

totalidad indivisa: precio: determinación: cinco por ciento del precio de venta. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 15 diciembre de 2005.**

Se interpone por el mandatario demanda en primera instancia contra los mandantes firmantes de un contrato de mandato, reclamando la remuneración pactada por la gestión en la venta de un inmueble propiedad de los dos mandantes y de un tercer hermano que no firmó el referido contrato.

Los mandantes demandados recurren la sentencia que, estimando parcialmente la demanda, condena a los mandatarios al pago de un tercio cada uno de la comisión devengada por la venta de un inmueble propiedad de estos y de un tercer hermano, eximiendo del pago al tercero que no firmó el contrato de mandato, y del tercio de los honorarios (cinco por ciento del precio de la venta) a los dos primeros, por entender que la tercera parte restante correspondía al hermano no firmante del contrato y por ello, no era exigible por los actores. Los mandatarios recurrentes invocan el error en la apreciación de la prueba y violación de los arts 1257 y 1137 del CC

La cuestión a resolver consiste en determinar si los dos mandantes han de abonar al mandatario el precio íntegro del mandato o debe entenderse que éste se dividía en tres partes y cómo el tercer hermano copropietario no hizo el encargo, solo deben los demandados las dos terceras partes de la comisión. En este sentido, entiende la Sala que la existencia del tercer hermano propietario es intrascendente a los efectos del caso de autos porque no ha sido demandado y el resultado de la resolución no le puede afectar como parte. En cuanto al carácter solidario o mancomunado de la obligación de los mandantes respecto del mandatario, discrepa la Sala con la explicación hecha por el Juez de instancia y defiende la solidaridad de los deudores al constituir una obligación unitaria el compromiso que de forma conjunta hacen los mandantes de otorgar la gestión de la venta a un tercero. Por otro lado, recuerda la Sala la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad de los actos de administración. Por ello, aunque la obligación no imponga legalmente la solidaridad, ésta debe aplicarse no sólo porque la misma se desprende de la

intención de los contratantes, sino porque además en sede del contrato de mandato, se consagra la solidaridad de los mandantes en el art. 1731 del CC. Por último, en lo referente a la determinación de la remuneración del mandatario, se sostiene que deberá estarse a lo pactado en el contrato. En concreto en este caso lo pactado es un porcentaje del precio de venta, el 5 %, ello con independencia del número de mandantes y sin perjuicio de las reclamaciones entre los obligados solidariamente.

MARCAS: CADUCIDAD: procedencia: falta de uso en el espacio temporal exigido de cinco años: ausencia de justificación: esa falta de uso ha de estar referida al producto o servicio registrado. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 16 diciembre de 2005.**

El actor del recurso de apelación, condenado en la instancia por la declaración de caducidad de sus marcas, por falta de uso durante cinco años consecutivos, se alza contra la sentencia con un alegato procesal, falta de legitimación activa y con otro sustantivo, que no puede hablarse de falta de uso o que en todo caso esa falta de uso es justificada lo que impide la aplicación de la institución de la caducidad, institución siempre restrictiva.

Al respecto, declara la Audiencia, la existencia de legitimación activa por resultar evidente el interés legítimo derivado de la consulta efectuada a la Oficina Española de Patentes y Marcas. En cuanto al alegato sustantivo, si ha habido uso o no de las marcas a efectos de determinar la caducidad que se pretende y si en su caso, existen causas justificativas de tal falta de uso, la Audiencia, tras hacer una exhaustiva exposición de la doctrina jurisprudencial y científica sobre el contenido y alcance de la expresión “uso real y efectivo” que el artículo 4.1 de Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas previene, mantiene la caducidad declarada en instancia por entender que la mera renovación del registro de la marca no constituye uso de las mismas. Tampoco se reconoce ninguna justificación a esa falta de uso, porque, según el Tribunal esa falta de uso ha de estar referida al producto o servicio registrado. Para esta argumentación se hace especial referencia a la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 2003

(TJCE 2003\74), según la cual “el art. 12.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una marca es objeto de un «uso efectivo», cuando, en consonancia con su función esencial, que consiste en garantizar la identidad del origen de los productos o servicios para los que haya sido registrada, se utiliza con el fin de crear o conservar un mercado para tales productos y servicios, excluyéndose usos de carácter simbólico cuyo único objeto sea el mantenimiento de los derechos conferidos por la marca.

La apreciación del carácter efectivo del uso de la marca debe basarse en la totalidad de los hechos y circunstancias apropiados para determinar la realidad de la explotación comercial de ésta, en particular, los usos que se consideren justificados en el sector económico de que se trate para mantener o crear cuotas de mercado en beneficio de los productos o de los servicios protegidos por la marca, la naturaleza de esos productos o servicios, las características del mercado, la magnitud y la frecuencia del uso de la marca. La circunstancia de que el uso de la marca no tenga relación con productos recientemente ofertados en el mercado, sino con productos ya comercializados, no priva a dicho uso de su carácter efectivo, si su titular utiliza efectivamente la misma marca para piezas de recambio que forman parte de la composición o la estructura de esos productos o para productos o servicios que tengan una relación directa con los productos ya comercializados y cuyo objeto consista en satisfacer las necesidades de la clientela de éstos. También dice la Sentencia “*que el uso de la marca debe referirse a productos o servicios que ya se comercialicen o cuya comercialización, preparada por la empresa para captar clientela, en particular, mediante campañas publicitarias, sea inminente*”. (F. D. 4º)

NOTARIOS: responsabilidad: improcedencia: falsificación de DNI: la obligación del notario es la de identificar a los comparecientes por su DNI: no tiene obligación alguna de tener en su despacho elementos o maquinaria mecánica bastante para descubrir estos tipos de falsificaciones. **COSTAS PROCESALES: IMPOSICION:** procedencia: al demandado: allanamiento: ausencia de dudas de hecho o de derecho: conocimiento de que en las escrituras litigiosas los otorgantes utilizaron de identidades falsas: demo-

ra del allanamiento, introduciendo un tercero en la litis y haciendo con ello contestar al actor a esa reconvención planteada. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 12 diciembre de 2005.**

En la instancia los actores interponen demanda frente al Banco Popular Español con la triple pretensión de que se les declarara propietarios de una vivienda y se declararan nulas, la escritura de venta y de hipoteca otorgadas notarialmente, ordenándose, así mismo, la cancelación de las inscripciones que las mismas originaron. A dicha demanda se opuso el Banco Popular Español instando que se trajera al proceso como litisconsorte necesario al Notario frente al cual reconvino instando, imputándole negligencia en la identificación de los comparecientes. El demandado se allanó a la demanda principal manteniendo la pretensión de la reconvención. La sentencia de instancia estima la demanda pero rechaza la demanda de reconvención, al entender que no había existido imprudencia alguna por parte del mismo en la identificación de los otorgantes. Sin embargo, no se imponen las costas causadas por el allanamiento al demandado, en aplicación de los arts. 394.1 y 395.2, LECiv, al existir dudas de hecho y de derecho en la resolución del litigio. Contra esta negativa a imponer las costas en el allanamiento se alza la parte demandante, recurriendo también la demandada que insta se condene al Notario autorizante por su actuación negligente.

La Audiencia estima el recurso de la demandada por entender que no existen dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio. En consecuencia, debe regir el normal criterio del vencimiento e imponer dichas costas al demandado. A juicio de la Sala, la circunstancia de que se haya demorado ese allanamiento en el tiempo, introduciendo un tercero en litigio, haciendo con ello contestar al actor a esa reconvención planteada, hace que no se pueda hacer uso de la norma en la forma que se hizo en la instancia, y sí imponer las costas al allanado, que está en el caso previsto en el art. 395.2º, en relación con el art. 395.1º de la LECiv.

En cuanto al recurso interpuesto por la demandada, entiende el Tribunal que el tipo de negocio jurídico que autoriza el notario no puede considerarse comprendido dentro de los de «riesgo» y no le es exigible una vigilancia exorbitante. Es exigible responsabilidad por imprudencia

cuando se omiten diligencias debidas y exigibles, en atención al hecho, momento y lugar, conforme a las normas que disciplinan su actividad (art. 23 del Reglamento Notarial). La obligación del notario es la de identificar a los comparecientes por su DNI, en defecto de conocerlos personalmente. En ningún caso tiene obligación de tener en su despacho elementos o maquinaria mecánica bastante para descubrir estos tipos de falsificaciones.

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: improcedencia: arrendamiento urbano: daños derivados de la obligación que compete al arrendador de conservar la cosa arrendada en condiciones de servir al uso pactado: aplicación del art. 1964 CC. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 17 octubre de 2005**

En este caso se analiza la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento que debe recibir la concurrencia de una acción de responsabilidad contractual y extracontractual en cuanto a su ejercicio de forma acumulativa, alternativa o subsidiaria. Aunque en un primer momento el Tribunal Supremo separa ambos tipos de responsabilidad y declara la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual cuando la infracción tiene su origen en el incumplimiento de obligaciones estrictamente contractuales, la dificultad de precisar en la práctica esta cuestión ha determinado que el mismo Tribunal finalmente opte por imponer la subsidiariedad del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual, así como la posibilidad que asiste al perjudicado de optar en casos dudosos entre el ejercicio de una u otra acción, pero sin posibilidad de modificar esta opción a lo largo del proceso.

En el caso de autos, vigente un contrato de arrendamiento urbano, el actor arrendatario sufre daños derivados de un siniestro, inundación, que además guarda relación con la obligación que compete al arrendador demandado de conservar la cosa arrendada en condiciones de servir al uso pactado. A juicio de la Sala, al margen de la hecho causante del daño, es cierto que el mismo guarda relación mediata con una posible deficiente ejecución del muro de división de las naves contiguas que facilitó la filtración del agua por debajo de dicho muro y en consecuencia la

producción del siniestro. En consecuencia no ha prescrito la acción de responsabilidad contractual cuyo plazo de prescripción es el genérico previsto en el artículo 1964 del CC para el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

La demanda reconvenional rechazada en instancia, es nuevamente desestimada por la Sala por la insuficiente alegación y prueba aportada por el demandado a quien incumbía por su facilidad probatoria y carácter positivo de acuerdo al art. 217 de la LEC. A juicio del Tribunal, *“no queda de ningún modo acreditado que los daños y perjuicios reclamados sean diferentes de los que la demandada -reconviniente fue previamente indemnizada por cuenta de la Aseguradora de la empresa que explotaba la nave contigua en la que se produjo la avería causante de la inundación”*. (F. D. 2º)

PROPIEDAD INDUSTRIAL. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PROCESO CIVIL: Acciones de protección de derecho de marca y de competencia desleal. Indemnización de daños y perjuicios. Prescripción. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 24 mayo de 2006.**

La sociedad actora reclama la revocación de la sentencia de instancia estimatoria parcialmente de la demanda en la que se ejercitaban las acciones de protección del derecho de marca, de competencia desleal y de indemnización de daños y perjuicios. Se admitió la excepción de falta de legitimación activa de la sociedad distribuidora en cuanto al ejercicio de la acción de derecho de marcas pero no en la acción de competencia desleal. La Audiencia desestima nuevamente la excepción de falta de legitimación activa de la sociedad distribuidora en el ejercicio de la acción de competencia desleal en vista de los documentos aportados que justifican tal condición.

Se pretende por la sociedad actora la declaración de prescripción de las referidas acciones de competencia desleal y de protección del derecho de marca. Sin embargo la Audiencia reitera la aplicación de instancia de la llamada teoría de los actos continuados, según la cual a efectos de prescripción no debe atenderse al primer acto de vulneración del

derecho, sino a todos y cada uno de los actos que supongan tal vulneración. No se trata por tanto, de un supuesto de actuación consumada y agotada cuyos efectos se prolongan en el tiempo, sino de un actuar presente, por lo que, en aras del principio restrictivo con que ha de aplicarse el instituto de la prescripción, ha de entenderse ejercitada dentro de cualquiera de los plazos del artículo 21 de la Ley 3/1991. Tal doctrina puede extenderse perfectamente a las acciones derivadas del derecho de marca, con la limitación lógica del artículo 45.2 de la Ley 17/2001, que no se ha recogido en el fallo de la sentencia recurrida. Aunque no se estima en su integridad la excepción de prescripción, sí resulta atendible para limitar la indemnización que ha de abonarse que deberá calcularse remontándose únicamente a los cinco años anteriores al ejercicio de la acción

El tema central del proceso y del recurso lo constituye la comparación de las marcas de ambas partes, la registrada de la actora y la no registrada de la demandada, para verificar, a los efectos del artículo 34, 2, b) de la Ley de Marcas si la semejanza entre los signos implica un riesgo de confusión del público y riesgo de asociación del signo. En este punto además de subrayarse la prioridad que da el registro y no el uso en España de la marca, se pone de relieve la clara existencia del riesgo de confusión dadas las semejanzas fonéticas y conceptuales existentes entre las dos marcas en litigio y por ende la necesidad de que la acción de cesación prospere. Sobre la intencionalidad de la demandada en cuanto a la Ley de Competencia Desleal, se atiende a la presunción de actuación con buena fe, sin embargo los actos de fabricación, distribución y venta de los productos de la marca no registrada de similar fonética a la registrada que sean posteriores a la campaña de publicidad notoria de la marca registrada tienen encaje en los actos de confusión del art. 6 de la Ley 3/91.

SEGURO: CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS: seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóviles: indemnización por daños causados por vehículo no asegurado: improcedencia: vehículo extranjero no asegurado que no gozaba de estacionamiento habitual en España: aplicación de Legislación vigente en la fecha del accidente. Las

Directivas Comunitarias no son de aplicación directa: su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en derecho vigente y de obligado cumplimiento. **Audiencia Provincial Albacete. Sentencia de 1 febrero de 2006.**

El tema central que se debate es si el Consorcio de Compensación de Seguros debe indemnizar los daños causados por un vehículo extranjero no asegurado que no gozaba de estacionamiento habitual en España a propósito de la Ley 34/2003 de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados que pasa de una exención de responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros a una declaración plena al resultar ampliada la misma pues se responde con independencia del Estado de estacionamiento habitual del vehículo que circulando sin seguro causa accidente. Dicha norma responde a la Directiva 2002/83/CE cuyo período de transposición hacía tiempo que había transcurrido, aunque se plantea su posible su integración al menos a efectos de interpretación normativa.

La Audiencia declara la inexistencia de responsabilidad del Consorcio de Compensación pues tratándose de un vehículo extranjero no asegurado que no gozaba de estacionamiento habitual en España, conforme a la Legislación vigente en la fecha del accidente, no debe responder dicha entidad. A juicio del tribunal, tampoco existe ninguna controversia, como la señalada en el artículo 30 del RD 7/2000 porque se parte de la inexistencia de responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros por exclusión.

De este modo se argumenta que el principio de interpretación del órgano jurisdiccional nacional debe referirse al supuesto en que las disposiciones preexistentes de su Derecho nacional respondieran a las exigencias de la Directiva de que se trataba, y en éste caso existe una contradicción entre el derecho preexistente y el que se aplica por cuanto se pasa de una exención de responsabilidad del Consorcio a una declaración plena al resultar ampliada la misma pues se responde con independencia del Estado de estacionamiento habitual del vehículo que circulando sin seguro causa accidente. Por otro lado, la referencia a una Directiva cuya

fecha de obligada transposición es posterior al accidente refuerza la tesis de la existencia de contradicción entre el derecho preexistente y el que se aplica con la Directiva cuya fecha de obligada transposición es posterior al accidente. Es jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE que la Directiva, no constituye precisamente norma legal estatal y no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular.

SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMOVILES: RESPONSABILIDAD CIVIL: improcedencia: hecho ajeno a la circulación: vehículo robado usado para alunizaje. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 4 abril de 2006.**

La cuestión a determinar es si con independencia de la persona del conductor, los daños que se reclaman fueron ocasionados “con motivo de la circulación del vehículo” y, por tanto, nos hayamos ante la concreción de un acontecimiento cubierto por la póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil.

A juicio de la Sala, cuando el vehículo no es utilizado para circular, sino como instrumento para cometer un robo, como queda suficientemente acreditado en el caso enjuiciado, vehículo utilizado con la finalidad de entrar golpeando la puerta de un establecimiento para robar, los daños ocasionados deben entenderse ajenos al concepto de circulación.

Sostiene la Audiencia, en cuanto al seguro obligatorio de responsabilidad civil, derivada de la circulación de vehículos de motor que “*no constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado, como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados; en consecuencia se trata de amparar a las víctimas frente al riesgo generado por la circulación de vehículos de motor, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea por culpa o doloso, siempre que el daño se haya cometido con un vehículo de motor y con motivo de la circulación.*”. (F. D. 2º).

QUIEBRA: CALIFICACIÓN: fraudulenta: procedencia: contabilidad irregular: incorrecta llevanza de los libros: existencia de indicios fehacientes de inclusión de deudas no justificadas y simulación de enajenaciones. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 21 marzo de 2006.**

La cuestión principal que se debate en esta sentencia es la calificación de quiebra fraudulenta de la empresa recurrente. Frente a esta calificación en primera instancia, se alza la mercantil instando la revocación de la sentencia y la declaración de quiebra fortuita.

El primer motivo del recurso relativo a la infracción del artículo 1017 del Código de Comercio, sobre el incumplimiento del plazo para poner en conocimiento del Juez el cese en el pago de las obligaciones corrientes, se alega que la admisión a trámite de la demanda indica el cumplimiento del mismo. Al respecto y discrepando con el Juez de instancia, declara la Audiencia, que si la calificación de quiebra “culpable” no puede basarse en la presentación tardía de la misma, menos aún lo será para declararla “fraudulenta”, dado que la infracción del plazo no se encuentra comprendido entre las circunstancias previstas en los arts. 890 y 891 del CCo.

Tampoco admite la Sala el segundo motivo del recurso al reconocer que la presunción iuris tantum de quiebra fraudulenta puede deducirse de la inexistente llevanza de la contabilidad de la sociedad y de la ausencia de soportes documentales que han impedido conocer la verdadera situación económica de la sociedad quebrada de acuerdo con el art. 891 del CCo. Al respecto, la Sala declara que “*el deber de contabilidad comporta no sólo la llevanza de los libros mediante la inclusión sistemática y ordenada de los apuntes contables correspondientes a las operaciones realizadas por el empresario, sino también la custodia de la documentación y justificantes concernientes a su negocio, de modo que no cabe disregar las dos facetas de una sola obligación*”. (F. D. 2º).

Por último y desestimando de forma íntegra el recurso de apelación, se reconoce por el Tribunal la existencia de indicios fehacientes de inclusión de deudas no justificadas (890.2 del CCom) y de simulación de enajenaciones (890.10 CCom) que apoyan la calificación que sobre quiebra fraudulenta se hizo en la sentencia de instancia.

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

**MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: VÍAS CONCURRENTES
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS,
CUADERNOS CIVITAS, 2006, 165 PÁGS.**

VANESSA BALLESTEROS MOYA

Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos es una obra elaborada a modo de lección magistral por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, con motivo de un entrañable día, el 24 de octubre de 2005, fecha en la que tuvo lugar el acto de recepción del Doctorado Honoris Causa que le fue concedido por la Universidad de Bolonia. Esta magnífica obra, culminación de estudios anteriores, trata de mostrar al lector una acuciante realidad, la interconexión de ordenamientos jurídicos en materia de derechos humanos, la cual, tal como señala el autor, es una de las características propias de nuestro tiempo. Si bien, lo que tiene de novedoso y, de ahí su gran mérito, es detectar, evidenciar y proponer soluciones a los problemas que de dicha realidad se pueden derivar. En cuanto a la sistemática de la obra, el profesor de la Complutense realiza un análisis del proceso de afirmación de los derechos humanos acaecido en España y en Europa, con la finalidad de detenerse en el complejo sistema actual, examinando la fuerza y el contenido de las diferentes vías existentes para la protección y defensa de los derechos humanos, las cuales adelantamos: i) en el ámbito interno a través de las Constituciones de cada Estado; ii) en el seno del Consejo de Europa mediante el Convenio de Roma; iii) finalmente, los instrumentos al servicio de los derechos humanos emanados de la Unión Europea.

Veamos brevemente el contenido de los siete capítulos que conforman esta disertación, los cuales, entiendo pueden ser agrupados en tres bloques:

I. En el capítulo introductorio, bajo la rúbrica *Una situación a superar*, el profesor MARTÍN-RETORTILLO analiza los orígenes del proceso de consagración de los derechos humanos. Una acertada reflexión histórica que invita al lector a sumergirse en tan apasionante proceso. La fe ciega en los derechos humanos encuentra su génesis en la tremenda

crisis espiritual producida al final de la Segunda Guerra Mundial. Crisis que va a marcar los caracteres del proceso, a saber: un proceso *ex abundantia* guiado por diversos impulsos, dando lugar a una pluralidad de sistemas, cada uno de ellos con distinto origen y alimentado por distinto motor, si bien existirán intensas relaciones reciprocas de influencia; en estrecha conexión y como una característica propia de nuestro tiempo, se va fraguando un clima de interrelación de ordenamientos jurídicos; existe asimismo el afán por la justiciabilidad de los derechos humanos, y de ahí el cualificado protagonismo que, con el decurso del tiempo, van a ir adquiriendo los órganos judiciales.

Tras contextualizar el proceso, y ya en el segundo capítulo, el autor nos concreta los sistemas apuntados. Para ello, establece las *Tres líneas de reacción* ante la crisis aludida, que darán lugar a los *Tres caminos para la protección de los derechos humanos*. La primera línea va a postular que el Estado debe respetar inexorablemente unos valores superiores, de los que no debe prescindir en ningún caso. La segunda viene dada por las arbitrariedades cometidas por otros Estados, lo que obliga a limitar la soberanía tradicional del Estado, reverdeciendo el peso del Derecho internacional, adquiriendo así protagonismo las organizaciones internacionales. La tercera lleva a asegurar el compromiso con los derechos humanos, no sólo a través del sistema constitucional propio, sino mediante instrumentos de orden internacional. Veamos someramente cada uno de los caminos:

- Ganará fuerza la idea según la cual, para el mejor respeto de los derechos humanos, nada mejor que llevar tal compromiso, de una manera formal y solemne, a la Constitución de cada Estado. Se confirma así, de manera concluyente, la fórmula de incluir en la norma fundamental estatal el elenco de derechos humanos y los mecanismos jurídicos necesarios para su operatividad. Centra el autor su atención en la importancia del destacado papel atribuido a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, el cual será el encargado de supervisar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, convirtiéndose así, en garante del respeto a los derechos humanos proclamados.

- Se conviene en la necesidad de sentar el criterio conforme el cual no todo habría de estar permitido a los Estados. En consecuencia, se va a

abocar a una decidida contención de los Estados hacia el exterior, lo que permite hablar expresamente de limitaciones de la soberanía. Ante estas teorías, cobraba fuerza la idea de que el Estado pudiera renunciar a parte de sus prerrogativas, a cambio de integrarse en alguna organización internacional que asumiría de este modo un protagonismo desconocido hasta entonces. La Organización de Naciones Unidas, en un primer momento y, con posterioridad, organizaciones de ámbito más reducido como las Comunidades Europeas y posteriormente la Unión Europea.

- La tercera variante de compromiso de los Estados con los derechos humanos vendría dada por la internacionalización de alguno de los instrumentos establecidos para su defensa y garantía. Destacado papel correspondería a la Carta de Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, preceptuando en su artículo 55 el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Posteriormente y, como instrumento específico, vería la luz la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, la cual sería objeto de ulteriores desarrollos convencionales e institucionales. En un ámbito más próximo, un paso decisivo para la integración europea fue la creación del Consejo de Europa y su gran aportación, apenas transcurrido un año desde su creación, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, que incluye un mecanismo jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, ante el cual –antes indirectamente, y a partir del Protocolo XI, directamente- pueden presentar sus quejas las propias víctimas.

Como señala el profesor MARTÍN-RETORTILLO, punto de partida común, motivación y teleología similares, pero tres resultados bien diferentes. Tres depósitos normativos muy próximos pero los tres peculiares y diversos, los tres vinculantes para los Estados, pero cada uno distinto y separado, con fórmulas, ritmos y especialidades propias, autónomos, en definitiva.

II. Sentadas estas premisas, el autor dedica los capítulos tercero, cuarto y quinto a la evolución que, en materia de derechos humanos, ha tenido lugar en el ordenamiento jurídico comunitario. Concretamente, el

capítulo tercero, nos muestra la *Paulatina penetración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico comunitario*. Sin realizar un análisis minucioso de los pasos seguidos por las instituciones comunitarias en orden al afianzamiento de los derechos fundamentales, señala eso sí, los impulsos más significativos para su consecución. Así, destaca en primer lugar el aviso emanado de algunos Tribunales Constitucionales, advirtiendo de que el Derecho comunitario no podía poner en peligro el caudal de derechos fundamentales que la Constitución nacional correspondiente había consagrado al diseñar su sistema jurídico básico. Lo que los Estados habían consagrado en su primera trayectoria, no se podía ver afectado por la segunda, por más que los Estados hubiesen decidido ceder parte de su soberanía a favor de organizaciones supranacionales. Se admitía de este modo desde el ámbito interno, un fortalecimiento de la línea de defensa de los derechos fundamentales, pero no se toleraba un debilitamiento de los mismos. Advertencia que conduciría a que la organización europea incluyese en su sistema jurídico un cualificado compromiso de respeto a los derechos fundamentales, consagrándose en el artículo 6 del TUE la vinculación a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y el respeto al CEDH. En segundo lugar, y dentro del proceso imparable de la organización europea, el profesor se detiene en el alcance de dos importantes informes, el *Pintasilgo* y el *Simitis*. Sería este último el que insistiría en la necesidad de dar cabida expresa, en el Derecho de la Unión, a los derechos humanos más allá de la fórmula de remisión a textos ajenos, apuntando así a la conveniencia de realizar una codificación adecuada de los derechos humanos propios del sistema jurídico de la Unión.

Como señala el profesor de la Complutense, la rueda seguiría rodando, y de ahí que dedique su capítulo cuarto a un paso de relevante consistencia, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Tras dar cuenta del proceso de elaboración de la Carta, el autor señala acertadamente que, al tratarse del último de los instrumentos al servicio de los derechos humanos, se ha elaborado incorporando todo el acervo existente en la materia, siendo en consecuencia el texto más completo. Si bien ello no es óbice para advertir que, al ser fruto del consenso, síntesis de las diferentes aspiraciones o puntos de vista, la Carta es bastante heterogénea o poco lineal en su propia configuración. Acto seguido, llama a la

reflexión partiendo de ciertas hipótesis y, plantea una serie de interrogantes en torno a ella, tales como el curso que ha de seguir, sus destinatarios, deteniéndose en una cuestión de gran calado, el criterio del recurso efectivo. Señalando en relación a éste último que, dada la incidencia de la Carta, es imposible que la regla del recurso efectivo, pueda ser atendida por los Tribunales de Luxemburgo, so pena de quedar colapsados desde el primer momento. Por consiguiente, en la labor de garantía jugarán un importante papel los órganos judiciales de los Estados, jueces ordinarios de la aplicación del Derecho comunitario, asumiendo pues, un protagonismo destacado.

Es en el capítulo quinto, titulado *La singladura hacia la Constitución Europea*, donde el autor vuelve a plantear una serie de ideas para la reflexión. Comienza señalando la satisfacción con la que se recibió la noticia de que la Carta se incorporaría, como Parte Segunda, al Tratado Constitucional de la Unión Europea. En consecuencia, lograría inequívoco valor de norma jurídica primaria, consagrándose de este modo una culminación inmejorable del largo proceso examinado. Ante tan significativo paso, calificado de gigantesco, pone el acento en una novedad que juzga de gran significado, que más tarde abordará con detalle. Nos referimos a la aplicación de la Carta, entendiendo que si bien es cierto que el TJCE ostentaría la importante función de unificar la doctrina, el dato real es que se produce una impresionante dispersión jurisdiccional, al ser los órganos judiciales internos los llamados a su aplicación. Asimismo, si en el litigio concreto del que conoce el juez nacional se ve implicado un derecho protegido por el CEDH, por más que a la par se trate de Derecho comunitario, se abre inexcusablemente la vía para acceder eventualmente al TEDH, que está llamado así a ocupar una posición señera. Otras importantes ideas en las que se detiene y analiza con visión crítica son las relativas a la falta de sistemática del Tratado Constitucional, pues un análisis en detalle demuestra que, en multitud de derechos fundamentales, se produce una evidente y palmaria duplicación o triplicación. Asimismo, plantea una interesante cuestión en torno a un futurible -la adhesión de la Unión Europea al CEDH-, advirtiendo eso sí, de la complejidad de la operación, la cual deberá ir precedida de importantes negociaciones, y los problemas y enormes consecuencias que pueden tener lugar. Destacaremos, de entre los señalados, el que más interés nos despierta,

la relación entre los dos tribunales, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, un problema que siempre se ha visto con recelo desde Luxemburgo, dada la diferencia de Estados que integran ambas organizaciones. El dato real, tal y como se apunta, es que, de hecho, aunque no quiera verse se ha abierto la puerta a que el TEDH supervise, en la parte que afecte a los derechos humanos, el Derecho comunitario.

III. Dejando atrás el terreno de las hipótesis, el profesor MARTÍN-RETORTILLO nos ofrece una visión práctica del asunto en el capítulo sexto, *Hacia el necesario entendimiento entre los altos tribunales. Significativos trazos de una jurisprudencia inicial*. Frente a fórmulas anteriores, la nueva situación que hemos venido examinando lleva en la praxis judicial a que, de manera concurrente, pueda haber una norma de Derecho interno, otra de Derecho comunitario y, a su vez, algún precepto del CEDH, que aparezcan, se superpongan y regulen simultáneamente una misma actuación. Se ha iniciado así, señala el autor, una nueva andadura que añade complejidades: se interfieren, se mezclan, o rozan incluso, o, simplemente están presentes, los tres sistemas jurídicos cada uno con su respectivo orden jurisdiccional. Para mostrar esta realidad, analiza dos supuestos recientes – “Koua Poirrez c. Francia” y “Bosphorus c. Irlanda”- postulando que se imponga una llamada al buen hacer, a la autocontención y a la responsabilidad, auspiciando una tónica de convivencia, respeto y cooperación entre los órdenes jurisdiccionales implicados.

Finalmente, el autor hace protagonista de su último capítulo, *Una triple tarea que se añade a la labor aplicativa de los jueces en el ámbito interno*, al juez nacional. Señala en él que su función ha quedado resaltada de manera sobresaliente y que se ha convertido en pieza central para asegurar el buen funcionamiento de tan complejo sistema normativo integrado, asumiendo responsabilidades para las cuales han de estar debidamente avisados y preparados. El esfuerzo adicional a la ya ardua tarea de los jueces de hallar y decantar la solución jurídica correcta para el caso viene dado por una triple tarea, en consonancia con las vías expuestas. En primer lugar, atender tanto a la Constitución como a la interpretación que de la misma realice el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, como el juez nacional es inequívocamente juez del Derecho comunitario, ha de estar preparado para respetar el canon de

adecuación al Derecho comunitario al resolver cualquier asunto, conocida como es la fuerza prevalente de aquél. Tarea ésta más difícil que la anterior, dado que las normas comunitarias y la jurisprudencia del TJCE no aparecen en el diario oficial español. Si bien, tal y como se apunta en la obra, es la tercera tarea –adecuación al sistema del CEDH- la que resulta excesivamente complicada. En efecto, este mecanismo protector no ha tenido tan buenos valedores como el sistema constitucional y el comunitario. En el ámbito del Consejo de Europa no se han establecido instrumentos jurídicos como la cuestión de inconstitucionalidad o la cuestión prejudicial. Pese a ello, cualquier juez nacional que tenga que solucionar un asunto de derechos humanos tendrá también que extremar su atención para resolver de acuerdo con las exigencias del CEDH, y con la importantísima jurisprudencia –evolutiva y creciente- emanada del Tribunal de Estrasburgo.

En fin, la presente obra se enfrenta con gran brillantez a la compleja y sugerente realidad de nuestros días, invita a la reflexión y es de suma utilidad para aquellos juristas y profesionales que se encuentren inmersos en este interesante entramado.

COMENTARIO AL LIBRO “LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y, EN ESPECIAL, DE LAS CORPORACIONES LOCALES, UN ESTUDIO DESDE EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA” (JOSE ANTONIO MORENO MOLINA Y JOSE M^a MAGÁN PERSLES. ED. EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS. AÑO 2005).

C. BELÉN TORRES SÁNCHEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

La obra objeto de esta recensión y que forma parte del proyecto de investigación de la DGCYT del M^o de Educación y Ciencia, tiene por objetivo mostrar el lado más práctico de una de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”. Y así es, este libro dicho en pocas palabras en contraposición a sus muchas páginas, debe ser entendido como un repertorio de jurisprudencia de radiante actualidad que permiten al lector, ir adentrándose en el tema objeto de la obra. Un libro eminentemente práctico que sin dejar de lado el carácter teórico, como buenos maestros que son sus autores, abogan estos por la elaboración de una obra donde desean dejar claro y de hecho lo consiguen en qué consiste el reconocimiento de la responsabilidad de las administraciones públicas y en qué innumerables supuestos ha acaecido esta.

Don José Antonio Moreno Molina, persona profundamente dedicada al Derecho es profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla La Mancha, titularidad que también comparte el coautor de la obra Don José M^a Magán Perales, coincidiendo ambos en la labor supletoria que realizan en el Tribunal Superior de Justicia, el profesor Moreno como Magistrado Suplente y el profesor Magán como Juez Suplente.

La obra se compone de dos partes , la primera parte (*El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el Derecho Español*) que principalmente recoge el desarrollo jurisprudencia de los principios de la institución, entre otros asuntos relacionados todo ello a lo largo de siete capítulos y la segunda parte (*Análisis de la*

problemática de la responsabilidad patrimonial en el concreto ámbito de las Administraciones Locales) en la que aplican esa teoría al supuesto concreto de las entidades locales, distribuida esta en cuatro capítulos.

Tras una breve introducción definen la responsabilidad como *“aquella posición subjetiva a la cual la ley anuda la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido”* y analizan el proceso de afirmación de la responsabilidad, debiendo destacar la importancia de este proceso si partimos del principio general del Derecho de origen romano *The King can do no wrong* (el Rey no puede cometer ningún acto ilícito), y es que la responsabilidad patrimonial no fue reconocida legalmente sino hasta el siglo XX.

Los autores tras un repaso histórico tanto en el panorama español como europeo e internacional, señalan cómo la responsabilidad patrimonial fue reconocida en un primer momento por vía jurisprudencial y sólo respecto de los funcionarios, siendo su primera formulación en el ámbito local para posteriormente aparecer recogida a nivel estatal en la LEF.

El marco normativo vigente en nuestro derecho viene protagonizado por los artículos 9.1 y 106.2 de la Constitución Española y en desarrollo de este artículo la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (arts. 139 y ss), modificado en este punto por la Ley 4/1999, y en desarrollo de la primera el RD 429/1993 de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Irrumpiendo ya en el fondo del tema y al respecto de las notas características del sistema de responsabilidad patrimonial, los autores afirman que estas convierten a *“nuestro Ordenamiento Jurídico en el más avanzado a nivel comparado, por la amplitud con la que se reconoce la responsabilidad”* aunque si bien, y como más adelante señalan la consagración con carácter general de esta institución, *“ha sido una de las conquistas más laboriosas de la historia del Derecho administrativo español”*.

Siguiendo al profesor Leguina Villa, señalan como las características del sistema: la **unidad** en tres niveles (en las partes, unidad sustan-

tiva y procedimental y unidad jurisdiccional), **alcance general** en cuanto a las actuaciones de la Administración que se comprenden, **responsabilidad directa** (por cuanto no es necesario el funcionario o agente que haya causado el daño), **su carácter objetivo o de resultado** (principal característica de nuestro sistema, por cuanto sólo hay que acreditar que el daño es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos,. y finalmente **su diferencia con el instituto de la expropiación forzosa**.

En el capítulo séptimo de la primera parte señalan los autores los **presupuestos del nacimiento de la responsabilidad**. Así en cuanto al primero de estos señalan que la responsabilidad de las Administraciones se produce por el funcionamiento de los servicios públicos (art. 106 CE, 139 ley 30/1992 y 2 Reglamento), ya sean por acción como por omisión, pero también la que la Administración lleva a cabo en el tráfico jurídico como sujeto de Derecho Privado (art. 144 Ley 30/1992)

Como diferencian también los autores este funcionamiento puede ser anormal, referido a conductas ilegales o culpables de los agentes públicos además del mal funcionamiento de los servicios y normal, referido a las actuaciones correctas de la Administración.

A continuación señalan los autores como segundo presupuesto y elemento esencial, el de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido y señalan que para que se pueda imputar a la administración el deber de resarcir el daño **la primera operación es identificar la causa del evento dañoso y determinar si esta es o no imputable a la Administración**. Si en un principio la jurisprudencia exigía que esa relación tuviese un carácter directo, como indican los autores esta tendencia se ha ido matizando, admitiendo así formas de producción indirectas o concurrentes. , dando lugar a la concocidad "*teoría de la causalidad adecuada*". .

Un tercer presupuesto sería el de la fuerza mayor determinante de exclusión de la responsabilidad. Se deriva del artículo 139 de la Ley del que, también se desprende que sí se incluyen en la responsabilidad los daños fortuitos. El cuarto presupuesto es el del daño producido, como señalan los profesores al amparo del artículo 139 Ley 30/1992, la

Administración en su caso debe responder por todo tipo de daños, incluso los daños morales. En relación con el artículo 141 de la Ley 30/1992, la STS de 20/05/1998 recuerda que para que se reconozca responsabilidad de la Administración la antijuridicidad y la ilicitud debe existir siempre. Finalmente los autores señalan que el daño debe ser **efectivo, evaluable e individualizable**, ya sea en su vertiente de lucro cesante o daño emergente como cita la STS de 20/05/1998)

Otro requisito imprescindible y absolutamente conectado con el segundo, y que en mi opinión no deberían separarse es el de la imputación del daño a la Administración. Y es que como señalan los autores para que la lesión producida pueda ser indemnizada, debe ser jurídicamente atribuible a una Administración.. Por último, como resultado de todo lo expuesto, el último presupuesto es el de la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

Para acabar este primer capítulo los autores mencionan el supuesto de la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, a lo que la Ley le atribuye una responsabilidad solidaria, si bien con algunos matices en su interpretación; de los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración, pudiendo ser general o abreviado aunque si bien para ambos el plazo de ejercicio es el de un año , contado desde la producción del hecho o en el caso de daños de carácter físico o psíquico, este empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Y finalmente muestran la responsabilidad civil de las autoridades y los funcionarios frente a la administración.

En el capítulo segundo del libro (La eterna cuestión: jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Jurisdicción contenciosa vs. Civil, ¿un problema sin resolver?), los autores muestran al lector la evolución en el reconocimiento de la jurisdicción competente para conocer de la institución .

No fue sino la entrada en vigor de la Ley 30/1992, la que acaba con el llamado "peregrinaje jurisdiccional" ya que con esta se establece el principio de unidad jurisdiccional, para conocer de las reclamaciones en

materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, con independencia de que se actúe en régimen de Derecho público o privado. Aún así adolecía de ambigüedad en asuntos como las reclamaciones en el ámbito sanitario. Por lo que no fue hasta la LJCA de 29/1998, la Ley 4/99 de modificación de la Ley 30/1992 y la reciente modificación de la LOPJ, cuando se produce una consagración definitiva del principio de unidad jurisdiccional.

En el capítulo tercero (“La responsabilidad patrimonial de otros poderes del Estado”), y como manifestación del carácter total de nuestra institución como reconocen los autores, abordan la responsabilidad del poder legislativo o estado legislador y la responsabilidad del Poder Judicial...

La responsabilidad de los contratistas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de un contrato celebrado con la Administración, es el objeto de estudio del capítulo cuarto. Dicha responsabilidad está regulada en el artículo 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD Legislativo 2/200, por el que se establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. De esta regla general existen dos excepciones, así y si los daños y perjuicios han sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes junto con los daños causados a terceros consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Los capítulos quinto y sexto, tienen por objeto los importantes casos y llenos de casuística que son el estudio de la responsabilidad de la Administración por daños causados al medio ambiente y en el ámbito sanitario, todo ello acompañado con una excelente jurisprudencia,. En reflejo del afán de los autores por realizar un examen particularizado de todos los supuestos existentes de responsabilidad, abordan en el capítulo séptimo y último de la primera parte, la responsabilidad en el Derecho comunitario europeo.

Por último, pero no por una menor importancia, los autores establecen como **parte segunda del libro el “Análisis de la problemática de la responsabilidad patrimonial en el concreto ámbito de las administraciones locales”**.. Esta segunda parte se divide en cuatro capítulos.

El primer capítulo (*Responsabilidad por daños derivados de la prestación de servicios públicos locales*). Sabiamente y facilitando la comprensión de la parte segunda del libro, los autores dividen las casuísticas recogidas en función de las competencias que la Ley de Bases atribuyen a las CC.LL.

Comienzan los autores por analizar los supuestos de responsabilidad patrimonial contra las entidades locales relaciones con el tráfico y particularmente con su obligación de “ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas “ (art. 25.b, LBRL 1985), además de la “ordenación y control del tráfico en las vías urbanas, la vigilancia, denuncia y sanción de infracciones en cuanto no estén expresamente atribuidas a otra Administración, la regulación de los usos de las vías públicas, la retirada de vehículos cuando obstaculicen o dificulten la circulación o supongan peligro para ésta, y el cierre de vías urbanas cuando sea necesario” (Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a motor y seguridad vial) RD Legislativo 339/1990). En este punto los autores, en su voluntad de ofrecer un abanico de los casos más problemáticos que puedan originarse, distinguen cuatro situaciones acompañadas todas ellas de varias sentencias.

Decir, que los autores en esta segunda parte, pretenden mostrar tanto los supuestos variados en los que se ha declarado judicialmente la existencia de responsabilidad, como los diferentes enfoques a los requisitos de esta institución que puedan aparecer en las sentencias como otra serie de instituciones que puedan venir a colación del objeto de estudio.

Así se comentan supuestos de reclamaciones fundadas en la mala señalización de las vías o en deficiencias en el estado de las mismas, la de los daños acaecidos a un peatón por tropezar en vía pública pero sin cruzar por el paso debidamente señalizado etc.

Abordando otra competencia atribuida a las EELL como es la de conservación de caminos y vías rurales, es decir, deber de conservación y vigilancia del buen estado de los bienes de dominio público municipal.

Una tercera competencia analizada es la del suministro de agua potables. La cuarta competencia o más bien la cuarta casuística es la de los daños ocasionados en playas públicas. Los autores señalan como la actual ley de costas es extremadamente estatal y sólo atribuyen a las administraciones inferiores entre otras, el mantenimiento de las playas y lugares públicos de baño así como vigilar la observación de las normas dictadas por el estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas.

En quinto lugar los autores abordan el caso de los *daños ocasionados en fiestas populares* ya sea consecuencia de la intervención de toros y vaquillas destacando que es común en estos casos, la participación de contratistas,

En sexto lugar abordan los autores sentencias que regulan la competencia de las CCLL en "las actividades o instalaciones culturales, y deportivas", en materia de vertederos municipales, en cuanto los municipios ejercerán competencias en materia de tratamientos de residuos. En cuanto a los daños ocasionados por la actuación de la policía local en materia de servicios funerarios municipales, o supuestos de concesión de disfrute de un aprovechamiento cinegético

Con cierta lógica y total acierto, los autores dedican el capítulo segundo de esta segunda parte a los supuestos de "*Responsabilidad en materia de urbanismo en el ámbito local*". Como señalan los autores los CCLL tienen competencias sobre "Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística: promoción y gestión de viviendas, parques y jardines" (art. 25.2.d LRBR), analizando supuestos relacionados con el planeamiento urbanístico, de edificaciones, en materia de ejecución del plan, en materia de concesión de licencias para construir,. Por último los autores recogen el supuesto de declaración de ruina y demolición. Así citan como otra competencia de las entidades locales la "vigilancia y control de edificios deteriorados".

El último supuesto que recogen los autores en el capítulo tercero de la segunda parte de la obra es la “Responsabilidad de las Administraciones locales en supuestos de contaminación acústica” que siguiendo al TS ha de ser considerado como una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente y a la salud de las personas. (STS 24/02/2003) Así, Moreno y Magán establecen, siguiendo la más reciente doctrina jurisprudencial, que cuando la exposición continuada a niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), además de suponer una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar. A continuación señalan los autores algunas de las afirmaciones recogidas en sentencias del TC al hilo de estas vulneraciones. A continuación señalan los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad por actividades ruidosas. .

El último capítulo del libro trata sobre “*El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración*”

En este punto, destacan los autores la afortunada modificación que la LOPJ hace al artículo 9.4.

Acaba así una obra que considero el perfecto manual no sólo par el alumno sino para quien ejerce el Derecho, al reunir las condiciones de perfección, exhaustividad y claridad en sus exposiciones.

**UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
VII EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO**

Toledo, del 8 al 25 de enero de 2007

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la VII Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La VII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 8 al 25 de enero de 2007, 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:

- Los nuevos retos del Derecho del medio ambiente.
- La responsabilidad civil extracontractual en el siglo XXI
- Propiedad intelectual
- Justicia constitucional y Derechos Humanos
- Fiscalidad Internacional
- Gobierno corporativo de las sociedades mercantiles
- Derecho penal económico: cuestiones de parte general y especial
- Investigación y prueba en el proceso penal
- Globalización, Constitucionalismo y Derechos sociales

Más información: www.uclm.es/postgrado.derecho

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351/ 680 222319

