



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 42 - Septiembre 2007

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.oficial@jccm.es.

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

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

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

Venta:

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS

San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303

Fax 91 3272367 - 28037 MADRID

e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA

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

Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO

Consulta últimos números publicados:

<http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm>

e-mail:

docm-internet@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

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL. <i>Francisco Bernate Ochoa</i>	9
CONFLICTO DE JURISDICCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DAÑOS SUFRIDOS EN ACCIDENTES DE TRÁFICO. <i>Pilar Domínguez Martínez</i>	29
ASPECTOS LABORALES DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL. <i>Pilar Henar Mariscal</i>	67
IDENTIFICACIÓN GRÁFICA DE FINCAS REGISTRALES. <i>Andrés Juez Pérez</i>	109
DERECHO ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS EN CASTILLA-LA MANCHA. <i>José M^a A. Magán Perales</i>	131
LA POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS. <i>Francisco Javier Ramón Sierra</i>	181

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES DE CASTILLA-LA MANCHA	219
DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	263

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. <i>Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia M^aLuchena Mozo, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios</i>	287
JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. <i>Ángel Cuesta García de Leonardo</i>	343

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

VIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 7 a 24 de enero de 2008	359
--	-----

ESTUDIOS

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

Francisco Bernate Ochoa *

RESUMEN:

El interrogante sobre la legitimidad del Derecho Penal se ha convertido en un asunto medular dentro de los estudios contemporáneos sobre la materia, dado que se reconoce hoy en día que es a partir de la solución a este interrogante teórico que se puede construir un sistema de Derecho Penal. El panorama contemporáneo nos ofrece dos soluciones al respecto. De una parte, se sostiene que la legitimación del Derecho Penal emana de la Constitución, y se prescinde de una construcción sistémica del delito en aras de la obtención de consecuencias acordes con lo planteado en la Carta Política. La otra propuesta -de corte normativista- entiende que la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse en la sociedad, y a partir del entendimiento de ésta se encuentra la necesidad de aquél, lo cual ejerce una influencia en la construcción del sistema del delito.

1. Introducción

El interrogante sobre la legitimidad del derecho penal ha ido adquiriendo, cada vez más, una creciente importancia dentro de las discusiones contemporáneas en torno a esta rama del ordenamiento jurídico. Es opinión casi unánime en la actualidad señalar, que es a partir de la respuesta que a tal cuestión se formule, que se construye la teoría del delito, suponiendo ello un cambio radical frente a las denominadas corrientes *naturalísticas*, en las cuales la construcción del delito se realizaba a partir de criterios ontológicos que igualmente condicionaban el contenido de cada una de las estructuras del reato.

Así entonces, una cuestión como esta ha pasado a ocupar un lugar prioritario¹ en los análisis que sobre esta ciencia se realizan, cuando anteriormente se trataba de un asunto sobre el cual se ocupaban los filósofos o los sociólogos del derecho.²

En el presente estudio nos ocuparemos de señalar las principales posturas teóricas que en la actualidad se encuentran al respecto, para posteriormente proceder a fijar una posición sobre el asunto.

2. Posibilidades teóricas

Dentro del pensamiento contemporáneo aparecen varias posibilidades cuando se afronta la cuestión de la legitimidad del Derecho Penal. En primer lugar, hay quienes afirman la ilegitimidad del mismo por diversas razones³ y abogan por la supresión del mismo, siendo, en todo caso, la minoría dentro de las corrientes actuales.

De otra parte, la posición mayoritaria dentro del debate actual señala la necesidad de legitimar el sistema penal⁴, surgiendo las diferencias entre las diversas posiciones en lo que constituye el fundamento y la legitimación del mismo, con marcadas consecuencias que se reflejan al interior del sistema de delito que a partir de allí se desprenden.

La doctrina predominante en la actualidad sostiene que se encuentran dos alternativas teóricas mayoritariamente aceptadas a la hora de plantearse el problema de la legitimidad del sistema penal. Una de tales posibilidades, la constituye el legitimar el sistema penal y realizar la construcción dogmática del delito a partir del ordenamiento constitucional y por otra, la de promover *la implementación dogmática de una perspectiva funcional de corte radical*.^{5 6}

2.1. La Constitución como fuente de legitimación del derecho penal

Estas propuestas, que dominan el panorama contemporáneo de la discusión, surgen a partir de la segunda mitad del Siglo XX principalmente en Italia, y sostienen que la legitimación del derecho penal se deriva directamente del contenido de la Constitución que, como norma superior, establece los fines y funciones que debe cumplir el ordenamiento represor, a fin de que el mismo produzca los efectos buscados por el ordenamiento constitucional, aún a costa de renunciar a la construcción de un sistema como tal, dependiendo la solución en cada caso, de lo político-criminalmente deseable de acuerdo con las pautas establecidas.

Esta corriente ideológica encuentra en las propuestas de ROXIN su principal exponente a nivel mundial en la actualidad. Para este autor, el fin del Derecho Penal se deriva del Estado y consiste en garantizar la vida en común de los ciudadanos sin que sea puesta en peligro.⁷

En Italia, la doctrina mayoritaria ha seguido el camino de legitimar el Derecho Penal a partir de la Constitución gracias a las tesis de BRICCOLA. Así, DONINI encuentra en la Carta el fundamento tanto de la

pena como del derecho penal. Señala el mencionado autor, que la norma fundamental impone un modelo de intervención penal al parlamento, al cual éste se encuentra vinculado en los fines e instrumentos de tutela, así como en sus límites negativos.⁸

En España encontramos un panorama semejante, en tanto que los más importantes autores han elegido igualmente legitimar el Derecho Penal a partir de la norma superior. ARROYO ZAPATERO, quien ha propuesto la tesis del *programa penal de la Constitución*, señala que de la Carta se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o la asignación de responsabilidad así como en los fines de la pena.⁹ En criterio de este autor, para la protección de un determinado bien se debe tener en cuenta la importancia que al mismo le da el orden superior, y es necesario que sea imprescindible para mantener el orden social.

Continuando con los autores ibéricos, GARCÍA RIVAS¹⁰ sostiene igualmente la vinculación indisoluble existente entre la Constitución y el Derecho Penal, en tanto que la primera define y legitima por sí misma, los mecanismos de poder del Estado, dentro de los que se encuentra el derecho represor.

Entre nosotros una postura similar en lo tocante con la vinculación entre el Derecho Penal y la Constitución la encontramos en la obra de Luis Carlos PÉREZ. Para el mencionado jurista, el Estado surge a partir de la necesidad de mantener el orden establecido por quienes dominan en una sociedad determinada. De la existencia del Estado surge, sin más, la del Derecho, que será un vehículo para imponer orientaciones políticas. Así, el fundamento del Derecho Penal para el citado autor se encuentra en la Constitución, norma en la cual se encuentran reguladas las relaciones de poder¹¹.

Encontramos en la actualidad posiciones como la de SANCHEZ HERRERA, uno de los principales abanderados de esta corriente ideológica¹², para quien los principios constitucionales son el fundamento, el soporte y el límite de la vinculación entre la dogmática y la política criminal. Señala este importante autor, que gracias a esta vinculación soportada por principios de origen constitucional, se busca establecer unas estrategias de control de los hechos socialmente nocivos para garantizar los derechos y deberes establecidos en la Constitución, realizar los fines el Estado, asegurar un orden justo, y resolver los problemas que plantea el Derecho Penal mediante la producción de consecuencias justas¹³.

Dentro de estas posturas el fundamento del derecho a castigar se encuentra en la Constitución, que como norma fundamental establece los fines del Estado y supedita al resto del ordenamiento jurídico, siendo además el fundamento del derecho a castigar, estando este último indisolublemente ligado al modelo de Estado¹⁴.

Esta corriente teórica se basa en la construcción de un sistema del delito que renuncia a la coherencia sistémica en aras de la consecución de los fines del Estado, tal y como los plasme la Carta Fundamental, encontrando un referente normativo¹⁵, *jurídico*, si se quiere, a la hora de justificar el derecho penal.

Sin embargo, estas propuestas realizan una recepción acrítica de los postulados constitucionales, los cuales son aceptados, así como las interpretaciones que de las mismas ha hecho el Tribunal Constitucional, sin más, sin someterlos a crítica alguna, desconociendo las incoherencias en que puede incurrir el ordenamiento superior y dejando de lado el componente sociológico como explicación del sistema jurídico.

Pero adicionalmente, el hecho de renunciar a una construcción sistemática, prefiriendo las soluciones a casos concretos¹⁶ en vez de establecer un sistema que dé respuestas similares a una generalidad de sucesos, sin duda resulta un esfuerzo loable, pero que torna el sistema en imprevisible, cuando la previsibilidad de las decisiones judiciales como expresión de la seguridad jurídica constituye uno de los fines de la dogmática.

2.2. Una propuesta normativista

La propuesta normativista encuentra la legitimación del derecho penal en criterios sociológicos y específicamente en las tesis de Niklas Luhmann sobre la sociedad, para encontrar allí la necesidad del derecho, primero, y posteriormente la legitimación del sistema penal.¹⁷

Señala Luhmann, que la génesis y el mantenimiento del orden social está dado por la complejidad y el fenómeno de la doble contingencia¹⁸.

Con el concepto al de complejidad, Luhmann se refiere al conjunto de todos los sucesos posibles, y abarca el campo ilimitado de mundos posibles. Así entonces, este fenómeno es un mundo de posibilidades que como tal no es real debido a que la igualdad radical de lo posible, en tanto posible, no se rompe hasta que alguna prelación permita la decantación de uno de esos mundos como *real*¹⁹.

Ese campo de posibilidades que se denomina complejidad²⁰ se pre-

senta como un caos²¹. Una vez se introduce algún orden a esa inabarcabilidad, y se reduce la complejidad, se sienta la base para la prelación que permite que uno de los mundos se afiance como real, comenzando entonces a existir, la sociedad²².

Luhmann presenta la situación originaria a través de lo que denomina la *doble contingencia*²³, en la cual se establece un contacto entre dos sujetos en el que aún no se ha reducido la complejidad, no siéndole a ninguno posible saber qué puede esperar del otro sujeto. En este estado, no hay orden, el cual aparece mediante la reducción de la complejidad que se inicia cuando uno de los sujetos hace *algo*, poniendo con su actuar fin a la indeterminación. Al actuar, realiza una oferta al otro sujeto quien puede elegir sí la acepta o no.²⁴

Cualquiera que sea la respuesta, operará como selección con lo que la otra parte se podrá enlazar en idéntica clave, momento en el cual ha existido una comunicación entre las partes²⁵. El carácter de fundante de lo social que reviste este acto se encuentra en su valor de conexión para la otra parte y permite que se genere el componente de toda estructura social, las expectativas²⁶.

Así, para Luhmann los sistemas sociales surgen por una necesidad²⁷, pero se deben al azar de esas primeras distinciones cuyo contenido no se prefigura en ninguna naturaleza previa.

En cuanto a la composición de la sociedad, hemos visto como esta surge cuando un evento enlaza a los individuos a través de su sentido compartido y posee con ello el carácter de comunicación. Las comunicaciones son definidas por García Amado interpretando a Luhmann como *eventos que en cuanto dotados de sentido poseen un valor comunicativo*²⁸ y serán los componentes de la sociedad.²⁹ ³⁰Por su parte, los eventos se definen en la misma línea como *aquello que para un sistema funciona como unidad no susceptible de ulterior descomposición*.³¹ Sin comunicaciones no es posible que exista sociedad³², pues éstas constituyen el único cause para que puedan constituirse en común selecciones como mecanismos de reducción de la complejidad y de superación de la *doble contingencia*³³.

Así, tenemos entonces que la sociedad surge gracias a la superación del fenómeno de la doble contingencia con lo cual se supera la complejidad indeterminada y no manipulable, estableciendo las posibilidades que se pueden desarrollar en su interior. Pero ello, es solo el inicio de un proceso que debe continuar con la permanente reducción de la complejidad para lo cual genera subsistemas.³⁴

El aumento de las personas que se integran al sistema y la multiplicación de comunicaciones³⁵ generan una complejidad que García Amado denomina *paralizante*³⁶, que impide el crecimiento de la sociedad hasta tanto no se reduzca. Mientras cada individuo deba ante cada evento tener en consideración todos los presupuestos posibles en la sociedad y cuente con un sistema comunicativo general e indeterminado, es inevitable el bloqueo de la dinámica debido a una *sobre-saturación*³⁷.

Para resolver este problema, surgen a partir del sistema social global nuevos sistemas sociales que se presentan como subsistemas suyos, sin dejar de ser -por ello- sistemas auténticos y autónomos³⁸. El factor fundamental en la construcción de los subsistemas lo determina su función reductora de la complejidad operante en la sociedad con miras a su reproducción en tanto que permiten un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de la complejidad de que se ocupan, con lo cual los otros subsistemas podrán prescindir del tratamiento de la misma y apreciarán la reducción de la complejidad. Esta es, según García Amado la génesis de los sistemas y estará dada por la especialización funcional en la reducción de la complejidad³⁹.

Los subsistemas forman parte a su vez del sistema social global y se construyen sobre la base de las comunicaciones, diferenciándose como sistema propio y autónomo gracias a la *clave* conforme a la cual ordenan sus comunicaciones.⁴⁰

A su vez, se busca que la reproducción de los elementos dentro del sistema sea ordenada, de manera que las estructuras del sistema permitan que las comunicaciones se sigan de otras con un cierto orden. Se trata entonces de hacer previsibles las comunicaciones que sigan a otras comunicaciones dentro del sistema, por lo que las estructuras se componen de expectativa⁴¹. Una vez se ha logrado la reducción de la complejidad, surge lo que García Amado denomina lo *esperable*, con lo que se logra la estabilización de los sistemas y permite el cumplimiento de sus funciones⁴².

Cada partícipe dentro de estos procesos sabrá entonces que esperan los demás de él y a su vez que puede él esperar de los demás⁴³. Con ello se busca coordinar comportamientos, para lo cual es necesario que las expectativas sean comunes y compartidas de manera que los individuos sean ante el sistema *intercambiables*⁴⁴. Las expectativas establemente compartidas permiten la estabilidad del sistema y a su vez, el entramado de expectativas constituye la estructura de cada sistema social.

La solución de la doble contingencia es posible entonces mediante las expectativas que recaerán tanto sobre conductas, como sobre otras expectativas. Esas expectativas a su vez deben sustraerse a peculiaridades no esenciales de la situación y deben poseer un esquema de validez claro y simple para que no sea necesario modificarlas en cada evento. A su vez, son temporalmente válidas para largos períodos y cuentan con un elemento de generalidad que se alcanza encajándolas en abreviaciones simbólicas que facilitan a los partícipes la comprensión y asimilación de las expectativas imperantes en cada sistema, por lo cual las expectativas se agrupan en personas, roles, programas, valores etc.⁴⁵

Si el sistema nace en una sociedad compleja por esencia con la finalidad de reducir esa complejidad, su propia existencia se encuentra determinada al hecho de que entre los individuos no puede haber consenso. Señala García Amado, que ningún sistema puede arrogarse el conocimiento de todo lo existente, sino sólo de lo que cae bajo su código particular y su selectividad, y es por ello que no puede haber consenso global social. Lo anterior a su vez conduce a que el conflicto no destruye el sistema sino que es presupuesto de su articulación. En el sistema el conflicto se normaliza y se evita el contagio al medio social.⁴⁶

Por ello las legitimaciones – señala García Amado- de un sistema deben ser producto del mismo sistema y no venir dadas desde afuera del mismo. No es entonces el consenso con unos valores o con una moral lo que justifica una decisión, sino el buen funcionamiento del sistema lo que acarrea un reconocimiento social necesario. Así, decisión legítima es la que se admite sin crítica, aquella cuya autoridad se acepta sin examen de la corrección de sus premisas.

La extensión del consenso en la sociedad de da por medio de la institucionalización, en tanto que las instituciones sirven para generalizar un consenso presupuesto; el individuo consiente por anticipado en los resultados del funcionamiento institucional, habría un consenso tácito y quien niega ese consenso queda aislado y no podrá justificar su defraudación de expectativas⁴⁷.

En cuanto al sistema jurídico, la finalidad del mismo la constituye la utilización de perspectivas conflictuales para la reproducción y formación de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social⁴⁸.

Si el origen de los sistemas sociales se encuentra en la superación de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas que

permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio de la cantidad de posibilidades que se abren en cada relación, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes es el derecho.⁴⁹ El derecho es quien permite la generalización de expectativas dándoles un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada relación particular, permitiendo su vigencia como estructuras sociales.⁵⁰

Si las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, hay una inseguridad presente pues estas podrán ser defraudadas, por lo que es necesario contar con un mecanismo que permita el mantenimiento del sistema aún en tales casos.

Frente a una defraudación de expectativas, se tienen dos posibilidades⁵¹.

- a. Se pueden presentar como expectativas cognitivas, por lo que una defraudación sería una nueva fuente de conocimientos y el germen de una nueva expectativa que sustituye la anterior. Así, el sistema aprende y se adapta.
- b. Se opta por mantener las expectativas defraudadas, y el sistema no se adapta sino que por el contrario, se defiende. Si en la sociedad no existiera un amplio entramado de expectativas que no cambian ante las frustraciones la posibilidad de orientación intersubjetiva, la misma desaparecería y las estructuras serían evanescentes, quedando intacto el problema de la doble contingencia. Así entonces, para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos, existe el sistema jurídico. La función del derecho entonces, para Luhmann estará dada por la estabilización de las expectativas de comportamiento, con lo que las normas jurídicas serán expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas.

El elemento coercitivo permite que los supuestos de las normas puedan realizarse aún sobre los incumplimientos u oposiciones.

El consenso legitimador otorga el respaldo a las expectativas normativizadas mediante normas legales, así como a las sanciones cuando las mismas sean defraudadas.

Por su parte, el derecho no es un medio de evitar conflictos sino de preverlos y prepararlos para encausarlos, en tanto que sus normas llevan implícita la previsión del conflicto y gracias a ese conflicto, le es

posible reforzar las expectativas normativizadas desencadenando los mecanismos tendientes a la imposición contrafáctica de las expectativas que ahora aparecerá reforzada para casos futuros⁵².

El conflicto, es empleado por el derecho para poder generalizar las expectativas,⁵³ y a su vez, el conflicto encuentra en el derecho el elemento dinamizador que permite su evolución y adaptación a los cambios en el medio social⁵⁴. Igualmente, el derecho sirve para dar a los conflictos un cauce comunicativo específico que evita su difusión indiscriminada en el medio social. Por su parte, la expectativa de coacción sirve para evitar una mayor violencia en el medio como forma de imponer pretensiones.⁵⁵

Lo anterior nos pone de presente una inexactitud en el pensamiento de Urbano Martínez, en tanto que señala que en una propuesta de este corte se da por presupuesta la legitimidad del sistema.^{56 57} Ello no es cierto, en tanto que el sistema jurídico, o mejor, el derecho se justifica en tanto que se erige como estabilizador de las expectativas normativas, y como reductor de la complejidad,⁵⁸ y su justificación derivará entonces de referentes ajenos al derecho,⁵⁹ lo cual a nuestro juicio constituye el camino acertado y de ninguna manera presupone el aceptar la legitimación del derecho penal sin más, simplemente, encuentra sus fundamentos en espacios *no-jurídicos*.

En cuanto a la relación existente entre los conceptos de hombre, sujeto y persona⁶⁰, tenemos que si las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido, el hombre como individuo surge a partir del momento en que se diferencia del mundo que lo rodea, siendo esta la primera relación que establece⁶¹. En ella, el mundo será todo lo que el hombre "*no es*", es lo que lo rodea y es su propia creación, siendo un entorno complejo ante el cual el individuo enfrenta una situación de angustia, pues ese mundo se le impone como una realidad.

Para superar esta situación, el individuo se incorpora a ese mundo, en búsqueda de sentido, lo cual supone previamente el reconocimiento por parte del entorno como individuo, su propio reconocimiento como algo distinto del mundo, y la necesaria identificación con los demás como semejantes, alcanzando así su propia subjetividad. Superado lo anterior, el hombre será reconocido y se produce su ingreso en el mundo.

Cuando el sujeto decide involucrarse en la sociedad siguiendo tanto las pautas de comunicación como las reglas para la transmisión de sen-

tido previamente establecidas por el sistema social dentro del cual se produce la relación, logra establecer procesos comunicativos con otros individuos, apareciendo así el concepto de *persona*.⁶²

Es en ese momento, cuando el individuo se incorpora a la sociedad, de la cual reclama un reconocimiento como ser diferente y se decide a establecer procesos de comunicación beneficiándose así del contacto social, que debe entonces asumir obligaciones con ese medio social, apareciendo así el concepto de responsabilidad.

En el momento en que la persona decide comunicarse, y con ello puede afectar a otros, debe entonces correr con las cargas que ello conlleva, en tanto que a su vez se está beneficiando del hecho de vivir en sociedad.

Además, el sujeto entendido como ser social es portador de roles y fuente de expectativas para los demás miembros de la sociedad.⁶³ Ya hemos visto anteriormente la importancia que tienen las expectativas dentro de la sociedad⁶⁴ y de allí que cuando el individuo entra en la misma como portador de roles si trasgrede los procesos comunicativos, resulta apenas elemental que deba responder por ello⁶⁵.

Así entonces, esta posición logra encontrar un fundamento adecuado a la responsabilidad mediante el denominado sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad, en virtud del cual el hombre cuenta con una libertad para configurar su propio mundo pero a su vez se hace responsable precisamente por ello, de las intromisiones que haga en las órbitas de los demás.

Varias son las objeciones que esta posición recibe por parte de la doctrina. En primer lugar, se aduce que una postura como esta renuncia a legitimar el sistema, y por lo tanto, serviría para justificar cualquier régimen.

En cuanto a la primera objeción, hemos visto como estas posturas si se ocupan del problema de la legitimación del derecho penal buscando la misma en referentes no jurídicos, específicamente sociológicos, solución acertada a nuestro juicio.

En efecto, si el Derecho Penal se legitima recurriendo a referentes normativos como puede ser la Constitución, quedamos a mitad de camino, en tanto que queda latente el problema de la legitimidad del ordenamiento superior, con lo cual la cuestión no se resuelve del todo.

Adicionalmente, el admitir una postura como esta, conduce inexorablemente a aceptar y eventualmente presuponer de entrada los postulados superiores, sin importar el contenido y la justificación de los mismos.

En segundo lugar, es recurrente el argumento según el cual esta postura desconoce al ser humano. Ello no es del todo acertado, pues en la postura de Luhmann este encuentra también un lugar.

Lo primero es señalar que cada persona tiene un sistema psíquico autopoiético diferente de los sistemas sociales, cuyos elementos no son comunicaciones. El sistema social le es ajeno al individuo y constituye su medio.⁶⁶

El individuo es necesario para la sociedad, pero no forma parte de la autorreferencialidad del sistema⁶⁷. El sujeto individual no es el centro del sistema⁶⁸. Es sujeto para sí mismo, para el sistema autorreferencial particular y propio de su conciencia, pero no hay sistemas de sujetos, en tanto que la sociedad y sus sistemas se componen de comunicaciones, no de individuos⁶⁹.

La conexión entre lo físico y lo social se da por que siempre una modificación en el medio implica una reacción del sistema, para lo que Luhmann acude a lo que denomina la *interpenetración* que se da entre sistemas que recíprocamente se perciben como complejidad irreductible pero se toman como dato para su estructuración interna manteniendo su propia complejidad.⁷⁰

El elemento de enlace lo constituye el sentido⁷¹, por el cual el sistema se sirve del individuo como vehículo y centro de imputación de expectativas.⁷² Ello se logra por el lenguaje, que traduce complejidad social en complejidad psíquica.⁷³ El sistema se estructura sobre la base de expectativas que tienen como referencia al individuo como centro de identificación de un haz de expectativas. Por ello, para el sistema persona es un haz de expectativas.⁷⁴

La individualidad del ser humano tampoco pasa inadvertida para Luhmann, quien señala que la identidad del sujeto se constituye en el criterio identificador frente al medio siendo la acción individual la constante identificadora⁷⁵. La personalidad entonces se explica como una serie de criterios identificadores del propio comportamiento. Siempre el hombre tendrá múltiples posibilidades de actuación, pero escogerá aquellas que no desdigan de su actuar anterior y permitan una presentación coherente, como identidad y no como contingencia.⁷⁶

La existencia de personalidades como sedes de comportamientos pre-
visibles e imputación de expectativas sociales se encuentra ligada a un
interés prioritariamente social, por lo que el propio sistema asume la
protección de ese ámbito que le es necesario, surgiendo así la explica-
ción de los derechos humanos.^{77 78}

El entendimiento del hombre como ser social marca el punto de par-
tida para sostener que en esta concepción, el individuo si importa, pero
como sujeto que necesita de la sociedad para poderse desarrollar, y es
precisamente la referida distinción entre individuo, sujeto y persona la
que reconoce tal situación.

En efecto, una vez el hombre ha tenido una comprensión de si
mismo como ente individual diferenciado de los demás, y ha reconoci-
do a otros como semejantes a él, es cuando decide participar dentro de
los procesos comunicativos.

Para el Derecho Penal ello supone, como acertadamente lo apunta
Grosso⁷⁹ el que éste no puede invadir la esfera de autonomía del indivi-
duo, sino que por el contrario, su intervención debe limitarse a aquellos
eventos que perturben a la sociedad constituida.

Por último, es claro que el Derecho Penal de ninguna manera puede
contrariar la Constitución, debido a que el primero se encuentra subor-
dinado a ésta, pero tal coincidencia se refiere a la legitimidad formal,
pero de ninguna manera, a nuestro juicio, soluciona el problema de la
legitimidad material.⁸⁰

Visto lo anterior, es claro que las objeciones que en contra de esta po-
sura son infundadas, y que por el contrario, la misma logra una explica-
ción adecuada al interrogante sobre la legitimación del Derecho Penal.

3. Conclusiones

Gracias a los referentes que obtenemos del sistema social y al enten-
dimiento de la sociedad en los términos de Luhmann, podemos concluir
que el Derecho Penal encuentra su justificación y su legitimación en una
sociedad que surge a partir de la solución de la *dobles contingencia* y que a
medida que va avanzado, la complejidad que ello supone torna en impe-
rativa la necesidad de contar con un mecanismo que permita que las
comunicaciones, elemento fundamental del sistema social, se desen-
vuelvan de una manera adecuada, previsible, y allí la deviene la necesi-
dad del derecho como mecanismo que permite lo anterior.

Igualmente, al ser la sociedad un ente organizado de la manera anteriormente descrita y al ser el derecho una necesidad, la pena -como consecuencia a la inobservancia de los roles que asume la persona- surge a partir de la necesidad de proteger las expectativas normativas de los demás miembros de la sociedad, quienes como personas -por ende portadoras a su vez de determinados roles- pueden confiar en que los demás miembros igualmente observarán en su actuar las pautas establecidas para los procesos de comunicación al interior del grupo social.

De no existir la protección de las expectativas la sociedad estaría, indiscutiblemente, destinada a disolverse, en tanto que reinaría el caos y se regresaría a un estado de violencia en el cual simplemente, prevalecería el más fuerte sobre los demás. Así entonces, la legitimación del derecho penal estaría dada por el mantenimiento de las expectativas en tanto que necesarias para la comunicación dentro de la sociedad⁸¹. El derecho penal se ocuparía entonces de mantener las estructuras normativas en las cuales se sustenta todo el orden social.

Y es que si entendemos que el hombre que se beneficia de lo social en tanto que sabe qué puede esperar, de las demás personas, gracias a que el Derecho respalda mediante las normas sus expectativas, es apenas lógico que debe someterse a las reglas que regulan los procesos de comunicación al interior de la sociedad. Solo así se permite el progreso de la sociedad.

Así entonces, resulta necesaria la existencia del derecho, y de la pena, que estarán en cabeza de un único poder, el Estado. La legitimidad del ente estatal en cuanto tal no es tema del presente estudio, pues ello desbordaría la temática analizada, pero es claro que al ser la expresión de la voluntad de una mayoría se encuentra legitimado para establecer los parámetros de conducta dentro de la sociedad.⁸²

El panorama actual del Derecho Penal y la triste realidad que está arrojando en términos de injusticia, consecuencias desfavorables y demás, ciertamente deteriora su imagen, pero no por ello podemos afirmar que ello lo torna en sí ilegítimo e innecesario. Una cosa es que el sistema no funcione y otra cosa es que no deba existir. No, debe existir, lo necesitamos, pero debe funcionar adecuadamente,⁸³ pero eso es asunto que no entra dentro de la presente disertación.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNATE OCHOA, Francisco. *Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 4. Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.
- *Delitos de falsedad en estados financieros*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá DC, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional. Número 3. Legis Editores, Bogotá DC, 2003.
- CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- *Funcionalismo, Teoría de sistemas y derecho penal*.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001.
- *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998. P. 64.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS y GONZALEZ DE MURILLO. Ed. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid. 1997.
- LUHMANN, Niklas, *Hacia una teoría científica de la sociedad*. En: Revista Anthropos, No. 173/174. Barcelona, julio – octubre, 1997. pág. 6.
- *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997.
- *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.
- MESSUTI DE ZABALA, Ana María. *Reflexiones sobre el pensamiento penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 2000. Año 8°, Número 31.
- MIR PUIG, Santiago. *Sociedad, norma y persona en Jakobs*. En: Revista Derecho Penal contemporáneo – Revista Internacional. Número 2. Legis Editores. Bogotá, 2003
- MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC. 2001.
- QUEVEDO BARRERO, Lucas Leonardo. *La Constitución y el aporte de Luhmann a la dogmática: vías de acercamiento*. Tesis de grado. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Bogotá DC, 2000.
- REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 1. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.
- *Imputación objetiva*. Segunda edición. Ed. Temis. Bogotá, 1996.
- RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. 1997.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La Legitimidad del Derecho Penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Universidad Externado de Colombia.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I del MERCOSUR de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001.

NOTAS:

* Profesor – Investigador de Derecho Penal. Universidad del Rosario. Bogotá, DC, Colombia.

¹ La cuestión sin embargo, no es en absoluto novedosa. Así, ALIMENA en 1915 sostenía la necesidad de dar solución a este interrogante y señalaba como en la doctrina de entonces, para algunos el problema resultaba innecesario ya fuera por que se consideraba que al realizarse un cuestionamiento de esta naturaleza se estaría poniendo en duda la legitimidad del derecho a castigar y se terminaría en discusiones de corte filosófico. Para otros pensadores reseñados por el mencionado autor, el criminalista no debería investigar este asunto, pues juristas dedicados a otras disciplinas no se ocupan del mismo. Por último, para otros pensadores reseñados en esta obra, indagar sobre el fundamento y la legitimación del derecho a castigar resulta innecesario, en tanto que el mismo deriva de la soberanía del Estado, situación que no requiere justificación alguna. Cfr. ALIMENA, Bernardino. *Principios de Derecho Penal*. Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915. Pp. 109 y ss.

² Sostiene SILVA SÁNCHEZ: “...la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad (se convierte) en algo de sustancial trascendencia práctica que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema..”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit. P. 180.

³ A nuestro juicio, en el caso de optar por tal posición no queda más camino que abogar por la abolición del sistema. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ sostiene: “...muy minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición da pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho Penal.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992. P. 180.

⁴ Categóricamente, apunta con acierto GROSSO GARCÍA “...la legitimación del derecho penal es un imperativo irrenunciable del derecho penal de un Estado constitucional de derecho y ningún sistema con pretendida validez puede desconocerla. Y esta legitimación no puede ser ya la mera autoreferencia del sistema legal en sí mismo, sino que debe encontrar los parámetros de legitimación más allá de las fronteras de la propia legislación penal.” GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 296. Cfr. Nota 41.

⁵ Así, URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La Legitimidad del Derecho Penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Universidad Externado de Colombia. P. 35.

⁶ Para una descripción de tales propuestas, cfr. GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 297.

⁷ ROXIN, Claus. *“Problemas Básicos del Derecho Penal”*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Reus S.A., Madrid, 1991. pág. 21.

⁸ DONINI, Massimo. *Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites*. En *Revista Penal*. Número Ocho. Salamanca, 2001. P. 24 y ss. Interesante resulta la afirmación de este autor en cuanto sostiene que su posición adquiere un corte *iuspositivista*.

⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. En: *Revista Penal*. Editorial La Ley. Número Uno. Salamanca, 1998. P. 3.

¹⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático de Derecho*. Universidad de Castilla - La Mancha.

¹¹ PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá DC, 1967. P. 77.

¹² De hecho este importante autor nacional se ha auto-denominado como *“quien con mayor ahínco”* defiende la comprensión de un sistema de estas características. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Introducción*. En: *Entre el principalismo, el funcionalismo y las instituciones dogmáticas* Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2002. P. 23.

¹³ *Ibíd.* P. 23.

¹⁴ Juan Carlos FORERO RAMÍREZ se encuentra dentro de quienes sostienen esta postura, cuando señala de manera contundente que la función de la pena y el modelo de Estado *van de la mano*. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Legis Editores, Bogotá, DC, 2001. La anterior postura se refleja posteriormente en la construcción del delito que propone en su obra.

¹⁵ En este punto no hay unanimidad entre los autores de esas corrientes. Para algunos, se trata de realidades previas al ordenamiento jurídico que se limitaría a reconocerlas, mientras que para otros se protegen en tanto se encuentran normativizadas en la Carta Política. Cfr. DONINI. *Ob. Cit.* P. 24 y ss.

¹⁶ Ejemplo de ello sucede en la evolución del concepto de imputación objetiva y como conceptos tan importantes como el del ámbito de protección de la norma, no fueron el resultado de una propuesta sistemática coherente, sino de la comprobación de la insuficiencia de sus postulados para plantear soluciones a casos concretos. Para una exposición de dicha evolución, puede consultarse el artículo de REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*. Número Uno. Legis Editores, Bogotá, DC, 2002.

¹⁷ Para GROSSO GARCÍA estas propuestas *“...entienden que el problema de la legitimación del derecho penal se encuentra en la estructura misma de la sociedad y que es de la sociedad de donde deben emanar los criterios materiales para la imputación penal cuyos supuestos normativos se deben integrar en un sistema de la teoría del delito...”*. GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 296. Cfr. Nota 39. Señala posteriormente GROSSO GARCÍA, *“...en el modelo de sociedad que se encuentra hoy configurado y dentro del sistema constitucional e el que se desenvuelve nuestro ordenamiento jurídico, el derecho penal se encuentra necesitado de una legitimación externa de carácter material y axiológico, para poder ser aceptado como válido y en consecuencia aplicable a los miembros de la sociedad dentro de la cual pretende operar.”*. *Ob. Cit.* P. 300.

¹⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 105.

¹⁹ *Ibíd.* P. 104

²⁰ Señala Sandra J. CASTRO OSPINA: *“La sociedad es un sistema que en criterio de LUHMANN, puede explicarse a través de la teoría de la complejidad sistémica y de su diferenciación*

del entorno. Es tal el número de elementos que deben englobarse en ella, que llega un momento en que hay sobreabundancia de relaciones, posibilidades y conexiones, es imposible que cada elemento se relacione con todos los demás, esto es la complejidad y ella obliga a la selección”. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996. Pp. 41 y ss.

²¹ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

²² GARCÍA AMADO, *La filosofía....* Cit. P. 104

²³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997.

²⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. La cita corresponde al estudio preliminar que realiza IZUZQUIZA, Ignacio. P. 12.

²⁵ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.240

²⁶ GARCÍA AMADO, *La filosofía....* Cit. P. 104

²⁷ Es interesante señalar en este punto que según HABERMAS, LUHMANN vendría siendo un heredero de la concepción del Estado y de la sociedad dada por Hobbes. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998. P. 64.

²⁸ GARCÍA AMADO. *La filosofía....* Cit. Pág. 109 y ss.

²⁹ “Ahí donde hay comunicación, hay sociedad”, sentencia GARCÍA AMADO. Ob. Cit. P. 111. En igual sentido, GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P. 238.

³⁰ En igual sentido, CASTRO OSPINA. Sandra J. Señala “En el sistema social la comunicación es un proceso de selecciones que le permite reducir la complejidad”. Ob. Cit. P. 43.

³¹ GARCÍA AMADO. *La filosofía....* Cit. P. 111.

³² Encontramos una acertada aclaración en la obra de GARCÍA AMADO cuando señala lo siguiente frente a las comunicaciones. Primero, gracias a ese operar sobre sí mismo, un sistema social establece límites frente a otros sistemas. Segundo, las comunicaciones no son lo único que contiene la sociedad, sino que éstas, además de ser su elemento diferenciador frente a otros sistemas son su elemento constitutivo. GARCÍA AMADO. *La filosofía....* Cit. . P. 111.

³³ En igual sentido sostiene GROSSO GARCÍA, “[l]a sociedad se compone de un conjunto complejo de procesos de comunicación....” . GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 53.

³⁴ *La filosofía....* Cit. Pág. 111 y ss.

³⁵ Cfr. MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*. P. 54

³⁶ GARCÍA AMADO, *La filosofía....* Cit. Pág. 111 y ss.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

³⁸ Es importante señalar, con GARCÍA AMADO que no toda interrelación es un sistema, solo lo será si se limita a sí misma frente al medio. *La filosofía....* Cit. Pág. 111 y ss.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

⁴¹ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

⁴² GARCÍA AMADO, *La filosofía....* Cit. Pág. 111 y ss.

⁴³ GROSSO GARCÍA define las expectativas como, “...el conjunto de los posibles desenvolvimientos de determinadas situaciones comunicativas futuras, derivado de la manera como se dan esas mismas situaciones en el presente.” GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 320.

⁴⁴ GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

⁴⁶ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* cit. P. 159

⁴⁷ *Ibíd.* P. 165

⁴⁸ *Ibíd.* P. 168

⁴⁹ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

⁵⁰ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* P. 168

⁵¹ *Ibíd.* P. 173

⁵² *Ibíd.* P. 174

⁵³ “Si se quisiera expresar esta idea recurriendo al empleo de términos provenientes de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación”. REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 1. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.

⁵⁴ Sostiene GROSSO GARCÍA: “...lo que justifica y legitima tanto al derecho penal como a la pena, es la función que ambos cumplen tanto respecto del sistema social en general como del sistema jurídico en particular”. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 50.

⁵⁵ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 174

⁵⁶ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 36. La propuesta de Urbano Martínez conduciría a afirmar –a nuestro juicio- que la propuesta funcionalista puede prescindir de todo referente axiológico para justificarse, lo cual a su vez redundaría en la afirmación de que el sistema es autoreferente y se justifica por ello *en sí mismo*, acercándose —a nuestro juicio— a una propuesta de corte positivista. Sobre los sistemas autoreferentes, puede consultarse el pensamiento de HART H. L. A. Para una brillante exposición sobre el mismo, véase RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. 1997.

⁵⁷ SÁNCHEZ HERRERA sostiene algo similar en tanto que en su opinión, en la construcción funcionalista del delito se prescinde de la legitimación del sistema, cuando señala: “[l]as actuales teorías positivistas tienden a fundamentar y explicar los derechos en función de una teoría “pura”, es decir, estrictamente ligada a la normatividad positiva, o sobre la base de criterios “sistémicos” o “autopoéticos” (sic) o sea de autorreferencias inmanentes al propio ordenamiento jurídico. De ahí que para el positivismo jurídico, lo mismo el decimonónico que el presente, los derechos fundamentales han perdido el significado reivindicativo y axiológico, para convertirse en autolimitaciones y concesiones al poder o en subsistemas que reflejan la racionalidad intrínseca y garantizan la estabilidad y autoconservación del sistema jurídico político. Es precisamente esta la fundamentación que caracteriza la sistemática funcionalista.” SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Introducción*. En: *Entre el funcionalismo, el principalismo y las instituciones dogmáticas*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá DC, 2002. P. 25.

⁵⁸ Señala PERDOMO TORRES, Jorge Fernando “...el derecho...tiene como función el mantenimiento de la estructura social que toma como base...”. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC. 2001.

⁵⁹ El mismo URBANO lo pone de presente cuando manifiesta que “*las propuestas funcionalistas de corte radical...se dotan de una clara fundamentación sociológica*”. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 39. Cfr. GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 298.

⁶⁰ Seguimos esto a GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. pp.329 y ss.

⁶¹ GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 330.

⁶² *Ibíd.* P. 332.

⁶³ “...cada individuo desarrolla diversos roles a nivel social, y que la correcta ejecución de las actividades propias de cada uno de esos roles supone el cumplimiento de determinadas expectativas de comportamiento, cuya inobservancia genera una defraudación social entendida como imperfecta ejecución de un rol; esas obligaciones que bajo determinadas circunstancias debe cumplir el individuo constituyen su ámbito de competencia, y cada persona asume frente al cumplimiento de esos deberes una posición de garantía frente a la sociedad. La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues solo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado.” REYES ALVARADO, Yesid. “*El concepto...*” Cit.

⁶⁴ Cfr. BERNATE OCHOA, Francisco. *Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 4. Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.

⁶⁵ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis. P. 128 y ss.

⁶⁶ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. Pág. 157 y ss.

⁶⁷ CASTRO OSPINA señala: “*la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones*” Ob. Cit. P. 43

⁶⁸ Sobre este asunto, señala URBANO MARTÍNEZ: “*Se rechaza una concepción antropológica del pensamiento social para promover un pensamiento concebido en torno a los sistemas, se prescinde de los comportamientos humanos como centro de esas construcciones para en su lugar colocar a las comunicaciones...*”. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 39

⁶⁹ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P. 249.

⁷⁰ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

⁷¹ “*la totalidad de las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido*”. GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 329.

⁷² LUHMANN, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Cit. P. 131.

⁷³ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

⁷⁴ *Ibíd.* P. 159

⁷⁵ En contra, MIR PUIG, Santiago. *Sociedad, norma y persona en Jakobs*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 2. Legis Editores. Bogotá, 2003

⁷⁶ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

⁷⁷ *Ibíd.* P. 159

⁷⁸ En opinión de URBANO MARTÍNEZ, dentro de un sistema como el que aquí se defiende se prescinde de los derechos humanos fundamentales, lo cual es, en nuestro criterio, equivocado. Vid. URBANO MARTÍNEZ, Ob. Cit. P. 40.

⁷⁹ GROSSO, Manuel Salvador. *El concepto de delito...* Cit.

⁸⁰ JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* Cit.

⁸¹ Así, JAKOBS. Refiriéndose a la legitimación material del derecho penal apunta: “[l]a legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y el Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación....[l]a contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la formada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas.”.JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS y GONZALEZ DE MURILLO. Ed. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid. 1997.

⁸² Para algunos autores la legitimidad del derecho penal depende de la legitimación del Estado. Cfr. FERRAIOLI, Luigi. *Derecho y razón*.

⁸³ Por ello se afirma, a nuestro juicio con acierto, que “[e]l derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal...”, GARCÍA AMADO, Juan Antonio “*Funcionalismo, teoría de ...*”. Cit. P. 236.

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DAÑOS SUFRIDOS EN ACCIDENTES DE TRÁFICO

Pilar Domínguez Martínez

Profesora Dra. Ayudante de Derecho Civil UCLM

RESUMEN

Aunque en la actualidad parezca que han desaparecido las dudas en torno a la vieja polémica competencial, sigue candente el conflicto entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa en sede de responsabilidad de la Administración en general y por funcionamiento del servicio público de carreteras en particular, dejando al margen la competencia de la jurisdicción penal cuando el hecho productor del daño sea delictivo¹.

I. Introducción

Es evidente que la responsabilidad administrativa está presidida por principios y normativa propia y sometida a una jurisdicción especial. Sin embargo, cuando se trata de enjuiciar demandas contra la Administración por daños derivados de accidentes de tráfico que supongan la materialización de riesgos creados por el servicio público de carreteras y en mayor medida por la conducción de un funcionario público, la cuestión competencial no está tan clara. Aunque existe mayor jurisprudencia administrativa en esta materia, prácticamente exclusiva en la actualidad, han sido numerosas las sentencias dictadas por la Sala 1ª del TS en estos casos. Ciertamente es que tanto unas como otras persiguen la misma finalidad, es decir, el resarcimiento de daños y perjuicios imputables a la Administración.

El problema sobre la jurisdicción competente para resolver un supuesto de responsabilidad de la Administración ha sido resuelto de maneras diferentes en atención a la época, normativa de cada momento y Sala del TS decisoria del caso concreto. Los cambios legislativos en esta materia han tendido a resolver este conflicto a favor de la jurisdicción contenciosa, tendencia que culmina con la publicación de la Ley 4/1999, de 4 de enero, de reforma de la LRJAP-PAC, que recoge la uni-

ficación competencial proclamada por la Ley 29/1998, de 1 de julio (LJCA), primero, y por la LO de 13 de julio de 1998, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, después. Como colofón y reacción legislativa a la polémica surgida tras el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 diciembre 2001 se ha dictado la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ 6/1985 que, además de dar nueva redacción al artículo 9.4 LOPJ, incorpora una disposición adicional decimocuarta que atribuye definitivamente a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial aún cuando concorra un seguro de responsabilidad, si bien queda abierta la discusión sobre la competencia de jurisdicción cuando se demande únicamente a la compañía aseguradora.

2. Evolución legislativa

El desarrollo de esta problemática hace necesario una referencia a la legislación aplicable que voy a desglosar en cuatro etapas importantes, complementadas con la doctrina imperante en cada momento. A continuación, expondré los criterios jurisprudenciales utilizados en la resolución de conflictos de jurisdicción cuando se trata de enjuiciar la responsabilidad de las Administraciones Públicas en accidentes de circulación.

2.1. Conflicto de Jurisdicción antes de la LRJAP-PAC (Ley 30/1992)

Antes de la LRJAP-PAC se mantenía una clara dualidad jurisdiccional, a pesar de que la LJCA de 1956 en su artículo 3.b atribuía al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento de "las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". Sin embargo, tanto la LEF como la LRJAE de 1956 distinguían para determinar el procedimiento aplicable que el Estado actuase en relaciones de derecho público o de derecho privado. En concreto el artículo 41 de la LRJAE disponía que: "Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerando la actuación de los mismos como los actos propios de la Administración, la responsabilidad en estos casos habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios."

Este precepto, sin embargo, no era aplicable en el ámbito de la Administración Local, en la medida que la LRJAE sólo regía para la Administración del Estado. En el ámbito local la LBRL de 1955 no sólo establecía dos tipos de responsabilidad, directa y subsidiaria, también se

hacía alusión a una dualidad de jurisdicciones, según que la lesión fuera de derechos civiles o administrativos . En la práctica los tribunales civiles seguían conociendo "contra legem" sobre pretensiones de indemnización dirigidas contra las Entidades locales extendiendo el ámbito de las relaciones de Derecho Privado a supuestos de daños inequívocamente administrativos .

En este orden de cosas, era evidente la dualidad de jurisdicción para el conocimiento de causas relativas a responsabilidad de la Administración en caso de daños sufridos por usuarios de vías públicas como en el resto de los casos. Por un lado, el artículo 9.2 de la LOPJ atribuía competencia a la Jurisdicción civil, pues, según este artículo a los Tribunales y Juzgados del orden civil les incumbiría el conocimiento, además de las materias que les son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. Sin embargo, en contra del principio de seguridad jurídica y a pesar de lo expresado por la LJCA de 1956, la LRJAE concedía al interesado la opción de acudir a la vía que considerase oportuna.

La teórica unidad jurisdiccional en el ámbito local desapareció tras la publicación de la LBRL de 1985, pues el artículo 54, en sede de responsabilidad, se remite en todo caso a la legislación general, es decir, al régimen de responsabilidad de la LRJAE que como he dicho mantenía la dualidad de jurisdicción. Paralelamente, a su vez, el artículo 224.1 del ROFRJEL, aprobado por RD 2568/1986 manifiesta que: "Cuando una Entidad Local explote una industria o empresa como persona jurídica de derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios".

A todo ello debe añadirse que en el Ordenamiento español, a diferencia del francés, la función práctica tan destacada de la noción de "servicio público" como criterio delimitador de la competencia judicial se ve mitigado por la indeterminación del concepto de servicio público. En nuestro sistema de justicia administrativa se acoge como criterio competencial básico el del "acto administrativo". Por ello el artículo 1 de la LJCA de 1956 establecía que la Jurisdicción Contenciosa: "conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo".

Lo cierto es que en esta etapa, cuando se trata de resolver reclamaciones por daños sufridos por usuarios de carreteras y demás vías públicas, el criterio delimitador va a ser la prestación del servicio público de carreteras que ha originado el daño. Sin embargo, el tratamiento restric-

tivo de la expresión "funcionamiento de los servicios públicos" y la excesiva interpretación de la expresión "relaciones de derecho privado" del artículo 41 de la LRJAE, junto con la reiterada mención del carácter de "vis atractiva" de la jurisdicción civil y la mayor celeridad de los procesos civiles, ha provocado que los tribunales civiles conozcan de cuestiones de responsabilidad de la Administración. Todo ello ha generado el llamado "peregrinaje" de jurisdicciones contrario al mencionado principio de seguridad jurídica.

A pesar de ello, antes de la publicación de la LRJAP-PAC la unidad jurisdiccional había sido una constante doctrinal. A favor de la jurisdicción contenciosa se mostraba la mayor parte de la doctrina administrativa, como era de esperar. Por el contrario, la doctrina civilista se mostraba partidaria de la unidad procesal civil.

2.2. Conflicto de Jurisdicción con posterioridad a la LRJAP-PAC (Ley 30/1992)

La LRJAP-PAC reconoce la unidad del sistema de responsabilidad de la Administración proclamado en la CE en el artículo 149.1.18. En efecto, la CE atribuye al Estado la competencia legislativa para determinar el régimen jurídico de la responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Por lo tanto, el modelo de responsabilidad que se instaura en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 106 de la CE es único y corresponde a una Ley estatal precisar los entes que se sujetan a la regulación específica de la responsabilidad administrativa y el significado de la expresión "servicios públicos" que el mismo precepto contiene.

Por otra parte, la LRJAP-PAC desarrolla el artículo 106 de la CE y proclama la unidad jurisdiccional. Ahora bien, este reconocimiento no se hace de una manera expresa y rotunda, pero puede deducirse de su articulado y del mismo Reglamento de Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de 1993.

El artículo 142.6 LRJAP-PAC dispone por su parte que: "La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa". A su vez, el artículo 144 de la misma Ley aclara que: "Cuando las Administraciones Públicas actúen en sus relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servi-

cio, considerándose la actuación de los mismo como actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo visto en los artículos 142 y 143, según proceda".

Por su parte, el Preámbulo del Reglamento de 1993 se refiere a la unidad de jurisdicción en los siguientes términos: "la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que pasa a ser, en el sistema de la nueva ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en las relaciones de Derecho público como privado".

De acuerdo con estas disposiciones puede deducirse que aunque la Administración actúe en régimen de Derecho Privado, la responsabilidad derivada de los daños que cause será exigible con arreglo al procedimiento general de Derecho Administrativo y en consecuencia, las resoluciones dictadas en este procedimiento serán recurribles en única instancia ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En resumen, esta Ley, además de haber liberado a la jurisdicción de la necesidad de justificar su competencia en la materia, parecía reconocer expresamente que el conjunto de la actividad de la Administración se encuentra comprendido en la expresión "servicios públicos". De esta manera se atribuye el concepto de "servicios públicos" al conjunto de la actividad administrativa⁶. Por ello, no es extraño, en esta línea, que la Jurisprudencia de la Sala 3^a del TS extienda el concepto de "servicio público" al conjunto de daños originados por la Administración.

No obstante, los tribunales del orden civil, salvo excepciones, siguieron en este tiempo manteniendo su postura apoyándose en los criterios tradicionalmente utilizados (demanda conjunta de la Administración con un sujeto privado, naturaleza privada de la relación que da lugar a la responsabilidad, así como en el artículo 9.1 de la LOPJ, entre otros).

En este estado de cosas, la mayoría de la doctrina administrativista entiende que se ha producido una unificación jurisdiccional⁷, aunque no todos los autores opinan lo mismo en lo que se refiere a la unificación material. A favor de la unificación tanto sustantiva como procesal operada por la nueva Ley, se alude a la interpretación conjunta de los artículos 142 y 143 de la LRJAP-PAC y su relación con la supresión del párrafo 5º del artículo 1903 del CC por la Ley 1/1991, de 7 de enero.

Esta modificación deja fuera de la normativa civil la responsabilidad extracontractual de la Administración, y por tanto se dice que "el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es unitario en todas sus dimensiones (procedimiento, régimen jurídico y jurisdicción competente), cualquiera que sea la naturaleza de la relación o de la situación jurídica extracontractual determinante de la producción del daño al particular". Por ello también se declara que "toda actividad extracontractual causante de un daño imputable a la Administración es siempre, como hecho jurídico separable, actividad administrativa en sentido propio y por tanto, actividad incluida en la cláusula constitucional del "funcionamiento de los servicios públicos"⁸.

Otros autores mantienen la unificación procesal pero no sustantiva o de régimen jurídico⁹. Según ellos, la razón se encuentra "no sólo que la nueva Ley de Procedimiento Administrativo no haya establecido esta unificación jurisdiccional para todos los supuestos de responsabilidad. Es que además, no lo pudo válidamente hacer. Porque el deslinde de atribuciones entre los distintos órdenes jurisdiccionales, está hoy establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial"¹⁰. Se argumenta también en contra de la unificación sustantiva, sin que por ello se reconozca como próxima y deseable, que el artículo 142.6 de esta Ley se refiere exclusivamente al procedimiento y al título significativo del último inciso del artículo 144 sobre "responsabilidad de Derecho Privado"¹¹.

Ha sido necesaria la publicación de la LOPJ 6/1998 de 13 de julio que modifica, entre otros, el controvertido artículo 9.4 para dar por terminada la referida polémica¹². Según este artículo, los tribunales contencioso-administrativos: "Conocerán así mismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional".

En concordancia con esta Ley se publica la LJCA, 29/1998, de 13 de julio, que además excluye expresamente a la Jurisdicción Civil y Social del conocimiento de estas cuestiones a salvo de la competencia de la Jurisdicción Penal¹³. En concreto el artículo 2.e) establece la competencia del orden jurisdiccional contencioso - administrativo en cuestiones que se susciten en relación con: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demanda-

das aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social."

2.3. Conflicto de Jurisdicción a partir de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

El sistema procesal unitario legalmente establecido necesitaba de un sistema sustantivo también uniforme en materia de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración. Para lograr este objetivo se dictó la Ley 4/1999, de 13 de enero. No deben olvidarse las novedades introducidas por la Ley 29/1998, de 1 de julio (LJCA) primero y por la LO de 13 de julio de 1998, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, después, que han abonado el camino en la pretendida unificación jurisdiccional.

La Ley 4/1999 dio nueva redacción al artículo 144, optando por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin discriminar su actuación en régimen de Derecho Público o Privado en concordancia con la unidad de fuero. Se introduce la disposición adicional 12ª que pone fin a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente en el conocimiento de procesos relativos a los daños derivados de la asistencia sanitaria pública.

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, se suprime la acción directa de responsabilidad frente al funcionario causante del daño para evitar que éste sea demandado junto con la Administración ante la jurisdicción civil en coherencia con la unidad jurisdiccional proclamada por la nueva legislación¹⁴. Desaparece del artículo 146 toda mención a la responsabilidad civil por daños producidos por las autoridades y personal en el desempeño del servicio¹⁵, clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad a la Administración a la que pertenezca el funcionario, si bien se proclama la obligatoriedad de la vía de regreso para evitar la inmunidad patrimonial de los funcionarios¹⁶.

De todo lo anterior puede deducirse que, estas nuevas leyes tratan de consagrar explícitamente la unidad jurisdiccional en el sistema de responsabilidad de la Administración, preestablecido, según la doctrina administrativa mayoritaria, en la Ley 30/1992 y sobre todo en el RPRP de 1993¹⁷. En efecto, cuando la Administración actúe en relaciones de derecho privado el artículo 144 vigente no se remite, como se hacía

antes, a los artículos 142 y 143, sino a los artículos 139 y siguientes que son comprensivos del régimen sustantivo de esta responsabilidad.

4.2.4. Conflicto de jurisdicción con posterioridad a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Como anticipé al inicio de este epígrafe, ha sido necesaria una última reforma legislativa que calmara la polémica suscitada por el citado Auto de la Sala de Conflictos de nuestro TS de 27 de diciembre de 2001, sobre una demanda interpuesta frente a RENFE y su aseguradora en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por un niño en una estación de ferrocarril. Se trata de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que atribuye definitivamente al orden contencioso-administrativo el conocimiento de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial cuando concurra un seguro de responsabilidad y se demande a la aseguradora junto con la Administración. De esta forma se da nueva redacción al artículo 9.4 LOPJ, en los siguientes términos: "Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

En coherencia con esta modificación, la disposición adicional 14^a introduce las siguientes modificaciones en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

1.- El artículo 2.e) queda redactado de la siguiente forma:

" La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

2.- El artículo 21.1.c) establece por su parte que:

"1. Se considera parte demandada: c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren."

3. Evolución Jurisprudencial

A continuación, voy a exponer los criterios o doctrinas jurisprudenciales de los órdenes civil y contencioso en cada momento legislativo. Además de la falta de uniformidad entre los dos órdenes y en cada uno de ellos, podrá observarse su falta de coherencia con la legislación imperante en cada momento, incluso en fechas recientes pero posteriores a la proclamación legal de la unificación sustantiva y procesal del orden contencioso. Para ello me limitaré al estudio de esta cuestión en los casos de responsabilidad por funcionamiento del servicio público de carreteras que representan un claro ejemplo del todavía latente conflicto de jurisdicción. La ausencia de un criterio claro de atribución de competencia en cada orden jurisdiccional me obliga a diferenciar los argumentos más que en atención al orden que lo ha utilizado, al criterio propiamente dicho y al caso concreto. Pues la mayoría de las veces cada una de las Salas utiliza argumentos que justifican su competencia sin detenerse a calificar la naturaleza pública o privada de las circunstancias que rodean el accidente que motiva la reclamación¹⁸.

El TS tradicionalmente ha tratado de diferenciar y establecer el significado entre relaciones de derecho público y relaciones de derecho privado, así como el de la expresión "servicio público" a los efectos de determinar la competencia jurisdiccional. Se trata de delimitar si el daño provocado como consecuencia de una actividad material deriva de relaciones de Derecho público o privado¹⁹. Por ejemplo, la señalización y mantenimiento de una vía pública es un acto realizado en el marco de funciones propias de la Administración. Sin embargo, el problema consiste en solucionar si el daño material generado por esa actuación está regulado por el Derecho administrativo aunque el resultado lesivo no venga derivado de un acto administrativo sino de una actuación material o de ejecución.

Por ejemplo, circular por una carretera ¿supone actuar en una relación de Derecho público?, o ser atropellado por un vehículo ¿es una relación de derecho privado? La interpretación depende de cada orden jurisdiccional y cada orden da soluciones contradictorias.

Cuando la Jurisprudencia resuelve estos interrogantes no pone de manifiesto la dificultad de distinguir la relación de fondo que genera el daño, sino que interpreta directamente el sentido de la norma jurídica atribuyéndole un significado específico. Considera como determinante que la clase de norma jurídica infringida sea civil o administrativa. Por ejemplo, las cuestiones relativas a la responsabilidad derivada de los actos de autoridades y funcionarios por daños en accidentes de tráfico han sido catalogadas durante mucho tiempo como derivadas de relaciones de derecho privado, ajenas al funcionamiento del servicio público y por lo tanto, competencia de la jurisdicción civil.

La STS (Sala 1^a) de 22 abril 1995 (RJ 1995,3492), sobre demanda contra la Administración Pública por accidente de circulación provocado por funcionario policial, acaecido antes de la promulgación de la Ley 30/1992²⁰, califica el acto como culposo, causado en la conducción de un vehículo. De este modo se dice que: "la responsabilidad que se exige del conductor (sus herederos) no lo es como agente de la Administración que presta un servicio público, sino como infractor de normas de carácter civil que constituyen un ilícito de tal clase, aunque al tiempo que a la persona privada se demande al Estado". También manifiesta que: "el daño no se ha producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino que se ha producido por una incidencia marginal al mismo"²¹.

Se dice también, que los actos culposos y negligentes causados por conductores de vehículos, tanto públicos como privados, deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. Al no tratarse del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino de la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del CC²¹.

También atribuye competencia a la jurisdicción civil en supuestos de responsabilidad de autoridades y funcionarios por daños sufridos en accidentes de tráfico la Sala 3^a del TS. Por ejemplo, la STS (Sala 3^a) de 4 de junio de 1979 (RJ 1979, 2897; FDI^o) manifiesta al respecto que: "por entender la citada representación que la cuestión debatida, responsabilidad de la Administración derivada de un accidente de automóvil en el que resultó implicando un coche del Ejército de Tierra, es cuestión civil".

En definitiva, encontramos una jurisprudencia bastante contradictoria pues perdida la unidad de orden jurisdiccional también se perdió la unidad de criterio dentro de cada orden jurisdiccional aunque cada uno de ellos refleja una clara tendencia a mantener el supuesto litigioso en su ámbito competencial.

3.1. Argumentos favorables a la competencia jurisdiccional civil

Intentaré sistematizar los argumentos que tradicionalmente los tribunales han aplicado para justificar la competencia de la jurisdicción civil, entre ellos pueden ser mencionados los siguientes²³:

- Dar un concepto estricto a servicio público. Por ejemplo, a veces se considera que el acto del que deriva el daño no es una prestación de un servicio público, sino "una incidencia marginal al mismo"²⁴. Se considera que en el ejercicio de la función de vigilancia comprendida en el funcionamiento del servicio de carreteras la Administración no aparece investida de "imperium"²⁵. Otras veces se considera que la actuación del organismo autónomo posiblemente generadora del daño en accidente de tráfico es un acto realizado por un sujeto de derecho privado "sin atribuirse prerrogativa o facultad"²⁶. Es decir se da un concepto restringido de servicio público o se amplía el concepto de "relaciones de derecho privado" incluyendo dentro del mismo actuaciones administrativas.
- Se trata de una acción de responsabilidad surgida de una relación de naturaleza jurídico-privada²⁷.
- Se alega la doctrina de la culpa in vigilando. Se hace una interpretación restrictiva del concepto "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" y se proclama competente a la jurisdicción civil en los casos en los que existe negligencia en la prestación del servicio de carreteras que sea causa del daño²⁸. Lo cierto es que la alegación de esta causa dependerá de la vía iniciada. Cuando se trate de la contencioso-administrativa, el examen del funcionamiento anormal de un servicio público conllevaría el examen de una responsabilidad objetiva, mientras la responsabilidad de la Administración en demanda civil supone el examen más exigente de la existencia de culpa²⁹.
- A veces se alude a la naturaleza de los derechos lesionados, siendo competente la jurisdicción civil cuando la acción tiene por objeto el resarcimiento de daños relativos a bienes de los particulares, tanto personales, como materiales³⁰.
- Otras veces se alude a la naturaleza de los derechos que afectan a la relación de la que deriva el daño³¹.
- Para evitar el "peregrinaje de jurisdicciones" que provoca un desdoblamiento de órdenes judiciales contrario al principio de unidad de jurisdicción³².

- Por no poderse separar la continencia de la causa y ante el riesgo de fallos contradictorios. Se produciría una división de la continencia de la causa, prevista como presupuesto de la acumulación y de la unicidad de conocimiento en los artículos 161 y 162 de la anterior LEC. Ello provocaría los inconvenientes de la posibilidad de decisiones contradictorias que incluso podrían implicar una denegación de justicia de difícil solución³³. Este criterio ha sido alegado fundamentalmente en los casos de solidaridad. Puesto que "siendo solidarias las obligaciones, de seguirse su enjuiciamiento en diferentes jurisdicciones se correría el riesgo de fallos contradictorios"³⁴.
- El criterio de la solidaridad merece un apartado independiente por su reiterada utilización. Cuando junto con la Administración se demanda también a persona física o jurídico-privadas y existe entre ellas un vínculo de solidaridad. Este vínculo de solidaridad además de ser una circunstancia que atribuye a la jurisdicción civil el carácter de "vis atractiva", constituye y ha constituido uno de los criterios delimitadores de la competencia civil que es utilizado conjuntamente con el anterior sobre la división de la continencia de la causa³⁵.

La Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 4 abril 1994 (RJ 1994, 3195; FD2º) establece que: "el Órgano decisorio que por imperativos de la "vis atractiva" de la Jurisdicción del orden civil y el carácter residual de la misma que establece el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial, no puede ser otro que el competente por razón del territorio y la cuantía, Juez de Primera Instancia número 17 de Sevilla, ya que como dijimos en nuestra Sentencia de 21 diciembre 1993 (RJ 1993\9933) siguiendo una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -Sentencias de 22 noviembre y 17 diciembre 1985 (RJ 1985\5632 y RJ 1985\6591), entre otras-, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la Jurisdicción con el orden civil"³⁶.

Este criterio sigue siendo aplicado bajo la vigencia del Reglamento de Procedimientos de 1993 que regula un único procedimiento. Incluso se defiende la unidad de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia como consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos y que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales. No obstante, se deja a salvo cuando la Administración sea demandada con un sujeto privado o la reclamación se refiera a la actuación de un funcionario (casos de responsabili-

dad personal (civil o penal) que el art. 146 de la LRJAP-PAC, hace recaer sobre el personal al servicio de la Administración Pública³⁷.

Como paradigma de la doctrina mantenida por la Sala de Conflictos del TS en los casos de acumulación de acciones, precisamente en un supuesto de responsabilidad administrativa por accidente de circulación, debe mencionarse el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 19 diciembre 1996 (RJ 1996, 9187; FD1º). Por un lado, se reconoce la competencia de la jurisdicción contenciosa cuando sólo sea demandada la Administración: "Ante todo, ha de dejarse puntualizado que aquí no se cuestiona a cuál de los dos órdenes jurisdiccionales contendientes (el civil o el contencioso-administrativo) ha de corresponderle el conocimiento de un litigio sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en el que ésta aparezca como sola y única demandada, pues si así fuera, el correspondiente e hipotético conflicto de competencia habría de resolverse, sin duda alguna en favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que, derogado el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957, derogación llevada a efecto por la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ha quedado plenamente consagrado el principio de unidad jurisdiccional, en favor del orden contencioso-administrativo, para el conocimiento de todas las pretensiones sobre el supuesto que aquí nos ocupa".

Sin embargo en el caso de varios demandados con idéntica causa, como es un accidente de circulación por falta de señalización de una autovía, se dice que: "En cambio, en el orden civil son acumulables las acciones que uno tenga contra varios, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir (artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cual es el caso aquí contemplado, en el que con base en un único hecho ("una misma causa de pedir"), como es un accidente de circulación, con resultado de lesiones y daños, derivado de la inexistente señalización en la correspondiente autovía (según los términos en que aparece formulada la demanda), los perjudicados por dicho hecho ejercitan, acumuladas, las acciones que creen les corresponden contra los que, según ellos, aparecen como responsables de la conducta antijurídica determinante de los daños (la Administración pública y tres sujetos particulares), sin que a dichos perjudicados se les pueda compeler a que ejerciten separadamente, ante distintas jurisdicciones, las acciones de las que creen estar asistidos (ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que tienen contra la Administración Pública y ante la Civil las que les asisten

contra los sujetos particulares), pues ello comportaría la posible división de la continencia de la causa, con las también posibles resoluciones contradictorias y, en definitiva, conculcaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de nuestra Constitución"³⁸.

Cuando se trata de demanda junto a la Administración a una entidad aseguradora el TS matiza que: "En el presente supuesto tal condición ("incorporada a la esfera de prestación del servicio público") podría, tal vez, predicarse respecto de la codemandada empresa contratista que ha construido la autovía ("Bafersa Ute"), pero en modo alguno podría atribuirse a las también codemandadas entidades aseguradoras de dicha empresa contratista, cuya posición procesal (la de las entidades aseguradoras) no puede en modo alguno, considerarse subordinada a la de su asegurada (la empresa contratista), pues los perjudicados tienen acción directa contra tales entidades aseguradoras (artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980) y éstas tienen pleno derecho a defenderse con plena autonomía y con total independencia de la entidad por ellas asegurada".

En caso de reclamación contra la aseguradora y la Administración, la llamada al proceso de la aseguradora no es arbitraria sino que se provoca por el hecho acreditado de tener contratados entre otros, por ejemplo, los riesgos por daños que puedan ocasionar las vías públicas a condición de que no sean debidos a falta de mantenimiento³⁹.

En los casos en que la Administración haya sido demandada con un sujeto privado, la solidaridad como presupuesto exigible ha de vincular a los demandados y no depende del mero voluntarismo del actor, sino de condiciones objetivas referidas a la naturaleza o extensión de las obligaciones reclamadas⁴⁰. Esto ha ocurrido en reclamaciones en los casos de obras en la vía pública contratadas por la Administración encargada del mantenimiento, conservación y seguridad de la misma vía⁴¹. En estos casos sin embargo no estaba justificada la vis atractiva de la jurisdicción civil, al tratarse de sujetos (concesionarios y contratistas) vinculados con el servicio público causante del daño⁴². Sin embargo por razones que después expondré se podrá defender la competencia de este orden jurisdiccional.

- En último lugar, como criterio residual ha sido utilizado en muchas ocasiones el carácter de vis atractiva de la jurisdicción civil junto con los antes mencionados "vínculo de solidaridad de los demandados" y "principio de unidad jurisdiccional"⁴³.

3.2. Argumentos favorables a la competencia de la Jurisdicción contenciosa - administrativa

Como argumentos a favor de la jurisdicción contenciosa, una vez publicada la LRJAP-PAC y el RPRP de 1993 y anticipándose a las reformas legislativas posteriores, resulta significativo el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 24 de junio de 1998 (RJ 1998, 7345; FD8^o)⁴⁴ que deja al margen la naturaleza de la relación para atribuir la competencia a esta jurisdicción. Según el TS: "al tratarse de una relación jurídica procesal en la que únicamente es demandada la Junta de Castilla y León, procede señalar que en la cuestión examinada, la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". "Así, en la nueva Ley 30/1992 y en el Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, se ha producido una unidad procedimental jurisdiccional y de régimen jurídico, que es una consecuencia lógica del sistema unitario, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales"⁴⁵.

Sin embargo ha sido necesario el reconocimiento legal sin excepción de la competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por un lado, dejando al margen la relación pública o privada de que derive la responsabilidad y máxime cuando el nuevo artículo 144 de la Ley 30/1992, reformado por la Ley 4/1999, ya no se remite a los artículos 142 y 143, sino a los artículos 139 y siguientes. Lo cual es fundamental no sólo porque refuerza la unidad jurisdiccional sino porque proclama claramente la unidad material o sustantiva, es decir, la aplicación de las normas materiales de Derecho administrativo para resolver todos los supuestos de responsabilidad de las Administraciones por funcionamiento normal o anormal del servicio público de carreteras.

Cierto es que la unidad procesal se ha reconocido inseparable de una correlativa unidad sustantiva, de derecho material, que termine con la inseguridad jurídica provocada por la diversidad de criterios entre los dos órdenes jurisdiccionales en relación a los presupuestos esenciales del régimen de responsabilidad. Parecen haberse disipado las dudas en torno a las actividades extracontractuales sometidas al régimen previsto en los arts. 139 y ss LRJAP-PAC que son identificadas por la doctrina administrativa con el conjunto de la actividad administrativa. Entre estas actuaciones, salvo excepciones, se encuentran las dirigidas a controlar y evitar los riesgos de accidentes de tráfico, como ocurre con el ejercicio de las funciones integradas en el servicio de carreteras dirigidas a garantizar la seguridad circulatoria.

Por otro lado, y lo que es más importante, tras la entrada en vigor de la nueva LJCA, de la LOPJ y finalmente de la Ley 4/1999 que reforma la LRJAP-PAC, parecen haberse disipado las dudas en los casos en que había varios demandados. Sin embargo, la reforma no tiene en cuenta los seguros de responsabilidad civil de la Administración que, como se verá, dejan abierta otra vía de discusión. Hecha esta salvedad, lo cierto es que tras las leyes mencionadas, los tribunales han mostrado un cambio de aptitud y han reconocido la unificación jurisdiccional a favor de la jurisdicción contenciosa.

Concretamente este nuevo tratamiento ha sido acogido por los tribunales del orden civil en recientes sentencias sobre responsabilidad de las Administraciones Públicas en accidentes de tráfico. Aunque debo decir que la exclusividad jurisdiccional contenciosa resulta excepcional en comparación al régimen establecido en los derechos alemán, italiano y sobre todo francés y precisamente cuando se trata de accidentes de circulación en los que se ve involucrado un vehículo público, en los cuales la competencia se reserva a la jurisdicción civil⁴⁶. Con mayor motivo y de acuerdo a presupuestos idénticos en el Derecho español, en el sistema francés cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración la competencia corresponderá a la vía civil, como expondré después⁴⁷.

Cierto es que tras esta legislación se han dictado muchas sentencias que de forma tajante superan los reiterados argumentos tradicionales sobre la naturaleza pública o privada de la relación de la que dimana el hecho causante de responsabilidad, el carácter de la vis atractiva de la jurisdicción civil. Por ejemplo, cuando la acción de responsabilidad se dirige contra la Administración y los particulares por el vínculo de solidaridad de los demandados. La competencia de la jurisdicción contenciosa parece no ofrecer dudas ni si quiera en estos casos.

Precisamente, en este sentido, la Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 22 marzo 1999 (RJ 1999, 5870; FD3º y 4º), sobre accidente de circulación por mal estado o defectuosa señalización de la carretera, a pesar de ser demandados tanto la Administración municipal como una empresa encargada de llevar a cabo servicios municipales, se declara la falta de "litis consorcio pasivo", por considerar a la citada empresa "incorporada a la esfera de prestación del servicio público", por tanto aunque la acción de resarcimiento se impute a un ente público y a sujetos particulares, éstos están incorporados en la estructura administrativa municipal y el criterio en este caso de la llamada "vis atractiva" de la Jurisdicción Civil, "es un criterio que mantuvo este

Tribunal antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, pero a partir de esta Ley, hay que ponderar los términos de la actuación particular, pues aquella doctrina no puede seguirse rígidamente y de modo mecánico (Sentencias de este Tribunal de 23 de octubre de 1997 y de 17 de diciembre de 1997)".

Sigue esta doctrina de forma más tajante la SAP de Cáceres (secc. 1^a) de 26 julio 1999 (AC 1999, 1719; FD3^o), sobre demanda dirigida contra el Ministerio de Fomento y contra la empresa que realizaba unas obras en una carretera nacional, a quienes se atribuye la responsabilidad de los daños causados en el vehículo por ausencia de señalización de las obras que se ejecutaban. En esta sentencia se reitera que: "a partir de la nueva redacción dada al art. 9.4 de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, aun cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, supuestos en los que el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el mismo orden jurisdiccional contencioso-administrativo.." y por tanto declara que "el orden jurisdiccional civil no es competente para conocer de la eventual responsabilidad patrimonial deducida contra el Ministerio de Fomento y una empresa particular, debiendo el demandante deducir su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que expresamente se remite."

También reconoce la competencia de la Jurisdicción contenciosa la SAP de Cuenca de 16 enero 1999 (AC 1999, 2946; FD3^o), sobre accidente de circulación por tramo mal señalizado y existencia en la calzada de capa gruesa de grava. Se trataba de una acción de responsabilidad contra la Administración y encargados del servicio de obras provinciales. Esta sentencia declara rotundamente la competencia de la jurisdicción contenciosa de forma absoluta sin excepción: "al corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada de que derive dicha responsabilidad, y sin que a ello sea obstáculo el hecho de que la presente causa se haya demandado, junto a la Excm. Diputación Provincial de Cuenca, a las personas encargadas del servicio de obras provinciales, ya que dichos codemandados no han sido demandados como particulares sino en su condición de funcionarios de dicha Corporación"¹⁴⁸.

Sin embargo, no han faltado sentencias según las cuales esta doctrina no obsta, para que en supuestos excepcionales se pueda asumir el enjuiciamiento de tales reclamaciones por la jurisdicción civil cuando dicha declaración de incompetencia suponga abocar al particular a un peregrinaje de jurisdicción irritante o no acomodado a su derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁹. El problema es que estas declaraciones pueden servir de argumento indiscriminado a favor de la jurisdicción civil⁵⁰.

4. Cuestiones de Derecho Transitorio.

4.1. Consideraciones generales

Una vez en vigor esta nueva legislación debe delimitarse su ámbito temporal de aplicación sobre todo en los casos de demanda conjunta. Según puede inferirse de algunas sentencias, cuando se trata de demandas entabladas después de la LRJAP-PAC pero antes de la publicación de la nueva legislación rige la jurisdicción civil al no poder aplicarse la nueva LJCA y haberse demandado conjuntamente a particulares y a una Administración⁵¹. Se razona diciendo que tales preceptos no se hallaban vigentes a la fecha de interposición de la demanda, y las leyes carecen, salvo indicación específica al respecto, de efectos retroactivos, conforme al art. 2.3 del CC⁵².

Otras sentencias aplican la nueva legislación en demandas entabladas antes de su entrada en vigor pero vigente la LRJAP-PAC. Se entiende que no hay obstáculo para su aplicación según la máxima "tempus regit actum" en orden a la irretroactividad de las leyes procesales. Además de acuerdo a la Exposición de Motivos de la LJCA debe entenderse que los principios del peculiar régimen de la Administración Pública, que tienen cobertura constitucional imponen que "en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo"⁵³.

En este orden de cosas, dado el confusionismo que sobre el ámbito temporal de vigencia revela la práctica judicial, entiendo que la fecha clave para la aplicación de este referido cambio legislativo debería ser la entrada en vigor de la LRJAP-PAC, disposición básica en la materia que ya proclamó la defendida unidad jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. Las disposiciones posteriores confirman y resuelven de forma definitiva la solución proclamada por la mencionada Ley crucial en la regulación sobre responsabilidad de la Administración.

Por todo ello puede decirse que, aunque en aplicación del principio general del derecho en la vigencia temporal de las leyes ("tempus regit

actum"), debería tomarse como fecha determinante la de la entrada en vigor de la LRJAP-PAC, sin embargo de acuerdo a los principios también generales de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva, informadores a su vez del anterior principio, podría ser utilizada como fecha clave la de la entrada en vigor de la LJCA, respecto a las matizaciones por ella introducidas que no alteran, pero sí aclaran la competencia contenciosa proclamada por la anterior citada, especialmente en los asuntos en los que sean demandados junto a la Administración sujetos privados.

En el ámbito objeto de este trabajo, puede comprobarse cómo esta nueva tendencia se refleja en sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, a pesar de no mantener una línea uniforme en cuanto a la fecha de vigencia de las aludidas disposiciones. Las insuficientes decisiones que en materia de competencia jurisdiccional han sido dictadas en las últimas fechas por el Tribunal Supremo, concretamente por la Sala 1ª de este Órgano judicial, así como por la sala de Conflictos de Jurisdicción, parecen confirmar el cambio de talante legislativo cuando la reclamación versa sobre los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio de carreteras. Por ello, las contradictorias soluciones ofrecidas por la llamada jurisprudencia menor en la aplicación de la fecha de vigencia aplicable, puede ser analizada a la vista de las sentencias dictadas en fechas recientes por el TS en casos de responsabilidad por el funcionamiento de otros servicios públicos. A pesar de que las mismas no reflejen una deseable uniformidad, pueden ayudar a fundamentar la línea aplicable en los casos examinados.

Hecha esta matización, y recapitulando lo anterior, entiendo que debe partirse de la LRJAP-PAC cuya fecha de vigencia se tendrá en cuenta para la general delimitación competencial en asuntos de responsabilidad en que la Administración sea demandada.

Esta conclusión parece ser confirmada por la STS (Sala 1ª) de 29 junio 2000 (RJ 2000, 5916; FD3º) que, aunque relativa al servicio público de educación, es aplicable a los casos de responsabilidad que tratamos. Según el TS, esta nueva legislación muestra un cambio del panorama competencial de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contenciosa⁵⁴. Por tanto se reconoce y acepta la competencia contenciosa con la excepción de los asuntos iniciados antes del cambio legislativo por razones de seguridad jurídica y en garantía del principio de tutela judicial efectiva. El TS reconoce en este caso la competencia de la jurisdicción civil, sin

embargo utiliza la fecha en que acaeció el accidente previa a la LRJAP-PAC 30/1992. Se introduce una nota de oscuridad en la fecha objeto de valoración por la referencia a la fecha del acaecimiento del hecho lesivo en lugar de utilizar la de la presentación de la reclamación⁵⁵. Como argumento a favor de la fecha de producción del daño (accidente de tráfico) en la determinación de competencias jurisdiccionales el TS ha utilizado la disposición transitoria 4^a del CC. Según esta disposición, ha de partirse de la época en que se han producido los hechos que configuran la pretensión objeto del procedimiento. Consecuentemente, los procedimientos iniciados en vía civil, antes de la entrada en vigor de la LRJAP-PAC, deberán seguir en este mismo procedimiento, precisamente porque el hecho motivador de la demanda inicial se originó con anterioridad a la entrada en vigor de esta legislación⁵⁶.

Sea como fuere lo cierto es que, ya sea la fecha del acaecimiento del hecho lesivo o la de interposición de la demanda inicial, con carácter general, el ámbito temporal de vigencia a tener en cuenta en orden a la determinación de la competencia jurisdiccional contenciosa debe delimitarse de acuerdo a la LRJAP-PAC.

4.2. Casos de acumulación de acciones

En esta delimitación temporal merecen especial atención los casos de acumulación de acciones o procesos en que los particulares son demandados junto con la Administración. No debe olvidarse que estos casos han constituido el principal argumento utilizado a favor de la jurisdicción civil hasta que la nueva legislación posterior a la LRJAP-PAC definitivamente atribuyó al orden contencioso-administrativo.

Como antes he apuntado, estos casos han sido muy frecuentes en los juicios de responsabilidad administrativa por accidentes de circulación, casos que han constituido uno de los principales argumentos que los tribunales civiles han utilizado para basar su competencia, máxime cuando la propia LRJAP-PAC hacía referencia omisa a los mismos, amén de la reconocida competencia que se hacía en pro de la jurisdicción contenciosa. Es por ello que han constituido una fácil presa para la vía procesal civil como cajón de sastre en asuntos de responsabilidad administrativa.

Ha sido, pues, necesaria una remarcada referencia en las nuevas disposiciones que posibilite la culminación de tales excesos de jurisdicción. Sin embargo, de nuevo los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva sirven de argumento para resolver los conflictos de

competencia en estos casos, lo cual obliga a matizar el ámbito temporal de vigencia mantenido. De manera que, al margen de la fecha general dispuesta por la entrada en vigor de la Ley 30/1992, la vigencia de estas nuevas disposiciones permitirá atribuir competencia a la jurisdicción contenciosa incluso cuando junto con la Administración sean demandados sujetos particulares.

Los casos surgidos en el interregno de temporal de las dos legislaciones (LRJAP-PAC y LJCA, LOPJ) parece ser que deben mantenerse bajo el imperio de la jurisdicción civil, de acuerdo a los argumentos tradicionalmente utilizados por la misma. Muestra de esta tendencia encontramos la STS (Sala 1^a) de 18 diciembre 2000 (RJ 2000, 10214, FD2^o) sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por fallecimiento por electrocución de trabajador en incendio forestal. Esta sentencia revela como esencial que: "la demanda que dio lugar al proceso que se enjuicia se presentó con posterioridad a la entrada en vigor de la legislación que se invoca en el motivo (art. 142.2 de la LRJAP-PAC de 26 de noviembre de 1992 y Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y con anterioridad a la vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -art. 2 e)- y a la nueva redacción del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por LO 6/1998, de 13 de julio, y por ello es aplicable la doctrina jurisprudencial que se ha venido observando para supuestos similares (planteados en ese tiempo), y con arreglo a la que, cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, corresponde el conocimiento a la jurisdicción civil, por razón de la "vis atractiva" de este sector jurisdiccional, al no poder ser llevados aquellos particulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa y concurrir además la conveniencia de evitar la consiguiente división de continencia de la causa de tener que actuar el perjudicado ante dos órdenes jurisdiccionales diferentes"⁵⁷.

Según mi opinión y en aras al principio de seguridad jurídica⁵⁸ los casos específicos de acumulación de acciones contra la Administración y sujetos privados requieren de una precisión referida al ámbito de vigencia temporal del principio de unidad de Jurisdicción contenciosa, tomando como referencia las últimas disposiciones (artículos 2 LJCA y 9.4 LOPJ 1998). Este tratamiento resulta justificado específicamente en la Ley 4/1999, de 13 de enero, que en su disposición adicional 12^a proclama el principio de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en el sector sanitario, donde han sido más frecuentes estos conflictos jurisdiccionales⁵⁹. Así mismo, la nueva redacción del

artículo 145 ha imposibilitado de forma tajante la demanda aislada contra el empleado o funcionario público en vía civil, siendo precisa la reclamación directa a la Administración pública correspondiente⁶⁰. Todo ello, sin perjuicio de la previsión que la misma ley hace del ejercicio de la conocida "acción de regreso"⁶¹. Según opinión mayoritaria, el apartado 2º del mismo artículo 145 contempla un trámite preceptivo para la administración demandada por la expresión utilizada "exigirá de oficio" en vez de la anterior "podrá exigir"⁶². Sin embargo, en estos casos la ley sigue reconociendo una posibilidad de reclamar la indemnización frente al funcionario a través de la vía penal⁶³. Sea como fuere lo cierto es que, esta reforma resulta justificada, pues ha servido para confirmar lo que ya se reconocía por la Ley 30/1992, tras la supresión del antiguo artículo 43 de la LRJAE. De este modo se termina la incorrecta práctica judicial que seguía admitiendo la demanda civil contra el funcionario, siempre que se demandara también a la Administración, amén de su claro reconocimiento como vía impropia para ello.

Al margen de esta concreción legal, cuya vigencia debe apreciarse de acuerdo a la LRJAP-PAC, lo cierto es que en los supuestos de acumulación de acciones contra la Administración y sujetos privados, son tenidas en cuenta razones de seguridad jurídica para aplazar la vigencia competencial aludida. Me estoy refiriendo al contenido del último inciso del artículo 2 e) de la LJCA, completado con el reformado artículo 9.4 de la LOPJ, que reconoce la competencia del orden contencioso-administrativo, no sólo "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive", pues se añade además que "si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional". No existe ninguna duda que a la vista de tales preceptos se reconoce una exclusiva competencia jurisdiccional contenciosa cuando sean demandados sujetos privados junto con la Administración.

Por último, y en cuanto al ámbito de vigencia temporal del principio de unidad de Jurisdicción contenciosa en los casos de acumulación de acciones cuando se trate de demandas conjuntas contra la Administración y su entidad aseguradora, me anticipo a decir que la competencia de la jurisdicción contenciosa empezará a regir a partir de la entrada en vigor de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ 6/1985⁶⁴. Ahora bien, si se ejercita la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, la única jurisdicción competente sería la civil

tanto en casos anteriores como posteriores a la entrada en vigor de la citada ley.

BIBLIOGRAFIA

- ABELLA: "Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común", El Consultor de los Ayuntamientos, 1994, p. 426.
- ALEGRE ÁVILA: "El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: Procedimiento y Jurisdicción", DS Vol. 13, Núm. 1, Enero - Junio 2005.
- ARQUILLO COLET: "Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, InDret, n. 1, 2004, (www.indret.com).
- AZCONA LUCIO: "La cobertura de R.C. para las Administraciones Públicas: ¿un "apaño" o una necesidad?". Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, n. 3, marzo 2006, pp. 54-61.
- ATIENZA NAVARRO: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la jurisdicción civil", AC, 28, 10 al 16 de julio 2000, p. 1017.
- BARCELONA LLOP: "Responsabilidad por daños derivados de las actuaciones policiales" DA, 237-238, enero-junio 1994, p.333.
- "La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común", REDA, 105, 2000, p. 37.
- BELADIEZ ROJO: Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Tirant lo Blanc, 1997.
- BELLO JANEIRO: "La necesaria revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, (dir.) BELLO, Xunta de Galicia-EGAP, Santiago de Compostela, 1999, p. 349.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO: "Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas", AA, 16, diciembre 1999, p. 11.
- "Comentario a la STS. Sala 1ª, de 22 de noviembre de 1985", CCJC, 1986, p. 3187.
- "Comentario a la STS. Sala 1ª, de 2 de febrero de 1987, CCJC, 1987, p. 4351.
- "Litisconsorcio pasivo necesario", AC, 3, junio 2005, p. 12.
- BLANQUER CRIADO: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, INAP, Madrid 1997.
- BLASCO ESTEVE: La responsabilidad de la Administración por actos administrativos, Civitas, Madrid, 1985.
- "La responsabilidad de la Administración", en AAVV, Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Carperi, 1993, p. 408.
- (www.ub.es/geocrit/nova.htm)
- BOCANEGRA SIERRA: "La responsabilidad de los contratistas y concesionarios de la Administración por daños causados a terceros, REDA, 18, julio-septiembre 1978, p. 403.
- "La responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros", DA, 237-238, enero-junio 1994, p. 205.

BUSTO LAGO: "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", Tratado de Responsabilidad Civil", (coord.) REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2003.

- "El seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora", AC, 22, marzo de 2002, p. 2375.

- "La competencia de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa para conocer de las acciones de responsabilidad civil frente a una Administración Pública en el caso de existencia de un seguro de responsabilidad civil", Revista Práctica de Derecho de Daños, 21, noviembre 2004, pp. 5-20.

- "Ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora de la Administración Pública. Penúltimas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales". AC, 12, 2005, pp. 15-56, (t- 2005-II), pp. 2125 y ss.

CABALLERO GEA: La responsabilidades penal y civil dimanantes de accidentes de circulación, Aranzadi, 1996.

CARAZA CRISTÍN: "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/ 2003?". RAAP, 54, 2004, pp. 413-461.

CASINO RUBIO: Responsabilidad civil de la Administración y delito, Marcial Pons, Madrid, 1998.

CASTÁN TOBEÑAS: Derecho civil español, común y foral, vol. 4, Reus, Madrid, 1993.

- Derecho civil español, común y foral, vol. 3, 16ª ed., Madrid, 1992.

CAVANILLAS MÚGICA: La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- "Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992", CCJC, 30, 1992 p. 955.

CLAVERO ARÉVALO: "La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración", RAP, 66, 1971, (reed.) "Estudios de Derecho Administrativo", Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, 1991.

CLAVERO TERNERO: La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad, Tecnos, Madrid, 1995.

COBO OLVERA: Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, EDESA, Madrid, 1994.

- El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas." (Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios), Bosch, Barcelona, 1ª ed., mayo 1998.

CUADRADO ZULOAGA: "La responsabilidad derivada de los daños a terceros provocados por la ejecución de obras públicas", Act. Adm., 14, abril 2002, p. 391.

- "Responsabilidad de la Administración derivada de accidentes de circulación", Act. Adm., 10, Madrid, 2004, p.402.

- "El plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial", Act. Adm., 10, Madrid, mayo 2006, p. 1227-1238.

DE ÁNGEL YAGÜEZ: La responsabilidad civil, Bilbao, Universidad de Deusto, 1988.

- "Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: sobre la jurisdicción competente", La Ley, 5574, 26 de junio de 2002, p. 1941.

- Tratado de Responsabilidad Civil, Civitas, Madrid, 1988.

DE AHUMADA RAMOS: La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión de Derechos y el Funcionamiento de los Servicios Públicos, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2004.

DEL GUAYO CASTIELLA: "Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos", Act. Adm., 17, 1990, p. 212.

ENTRENA CUESTA: "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", Contratación Pública II. Segundas Jornadas de Valladolid 25-26 de enero de 1996, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27-31.

GAMERO CASADO: "Los contratos de seguro de responsabilidad", REDA, 103, junio-septiembre 1999, p. 357.

- "El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual", AJA, 426, 17 de febrero de 2000.

- "Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción", Aranzadi, Pamplona, 1997.

- "Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas", Diario La Ley, 6044, 2004, p. 1.

GARCÍA ÁLVAREZ: "Sobre la responsabilidad extracontractual de RENFE", REDA, 74, 1992, p. 289.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo I, 12ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

- Curso de Derecho Administrativo II, 9ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA FERNÁNDEZ: "Crónica parlamentaria", en Especial monográfico del código Penal, (1996), pp. 387 y ss;

GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO: "La modificación del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas", RJCM, 4, 1999.

- "El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración", La Ley, 19 de octubre de 1993, p. 955.

- "Responsabilidad de la Administración tras la Ley 4/1999", Act. Adm., 32, 1999, p.893.

- "Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas", RJCM, 16, mayo- agosto 2003, p. 11.

GARCÍA MACHO: "Función Pública y responsabilidad", Gobierno y Administración en la Constitución, vol.1, (1988), pp. 675 y ss

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: El plazo para exigir responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1998.

GARNICA MARTÍN, "La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente", Actualidad Civil, n. 42 (13 al 19 de noviembre) de 2000, pp. 1507 ss.

GARBERÍ LLOBREGAT: "Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas". AJA, 623, 2004, pp. 1-6.

- "Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño", AJA, 485, 10 de mayo 2001.

GÓMEZ LIGÜERRE: "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", InDret, 51, 2001/4, abril-junio 2001, (www.indret.com).

- "Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública. Auto de la Audiencia Provincial (secc. 3ª de Valladolid de 22 de noviembre de 2000", InDret, 63, 2001/7, julio 2003, (www.indret.com).

- "Cambio de vía: Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001, InDret, 109, 2002/10, octubre-diciembre 2002, (www.indret.com).

- "Dos veces en la misma piedra. Comentario al Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2002, InDret, 125, 2003/1, enero-marzo 2003, (www.indret.com).

- "Paso a nivel (La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS de 27 diciembre 2001 y 21 octubre 2002), InDret, 2003/3.

GÓMEZ LIGÜERRE y MUNTANER BATLE: "¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo (1996-2003)", InDret, 4, noviembre 2004, (www.indret.com).

GÓMEZ LIGÜERRE, RAMOS GÓNZALEZ, LUNA YERGA: "Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su aseguradora", InDret, 189, 2004/1, enero 2004, (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR: "Coches y accidentes I", InDret, 22, 2000/5, (www.indret.com).

- "Coches y accidentes II", InDret, 24, 2000/7, (www.indret.com).

GÓNZALEZ CANO: La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo, Tirant lo Blanc, 1997.

GÓNZALEZ PÉREZ: "Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción", RCDI, 496, 1973, p. 378.

- "Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa", REDA, Civitas, 1994.

- "Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración y del administrado", REDA, 89, 1996, p. 93.

- Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, (Ley 29/1998, de 13 de julio, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1998.

- Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas, 3ª ed., 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, GONZÁLEZ NAVARRO, GONZÁLEZ RIVAS: Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación parcial de la Ley 30/1992, Madrid, 1999.

HUERGO LORA: El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, Marcial Pons, 2002.

- "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva", REDA, 122, abril-junio, 2004, p. 199.

- "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", InDret, n. 3, 2003, (www.indret.com).

IRURZUN MONTORO: "La Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios", REDA, 87, 1995.

LASO BAEZA: "El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril", RDU, 1998, p. 137.

LEGUINA VILLA: "La Responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos", RAP, 92, 1980, p. 32.

- La Responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español, 2ª ed., Tecnos. 1983.

- "El Fundamento de la responsabilidad de la Administración", REDA, 23, 1979, p. 523.
 - "El Fundamento de la responsabilidad de la Administración", apéndice 2º a la obra del mismo autor La Responsabilidad civil de la Administración Pública, 2ª ed., Tecnos, 1983.
 - "Comentario al artículo 2.e) de la LRJAP", Comentarios a la LJCA de 1998, REDA, 100, octubre-diciembre 1998, Madrid, Civitas, 1999.
 - "La Reforma de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias, 1999, p. 107.
 - "Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional", JA, 1, 1999, p. 5.
 - "La reforma de la Ley de Procedimiento", JA, 7, abril de 2000, p. 7.
 - "La reforma de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Planteamiento general", PJ, 39, 1995, p. 219.
 - "La responsabilidad patrimonial de la Administración y de las autoridades y del personal a su servicio", en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, (dir.)LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 1993.
 - "El ámbito de la Jurisdicción", Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 2001, p. 37.
- LOPEZ NIETO y MALLO: El procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA: "La acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración", (www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/central.html)
- MARTÍN REBOLLO: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", en DA, 237-238, enero-junio de 1994, p. 11.
- "La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: nota introductoria", Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, CDJ, XIV, CGPJ, Madrid, 1997, p. 19.
 - "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", RAP, 150, septiembre-diciembre 1999, p. 317.
 - "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)" RDS, vol. 9, 1, enero- junio 2001, p. 9.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción", RAP, 42, septiembre-diciembre 1963, p. 207.
- "Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el derecho administrativo", Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, 2ª ed., 1994, p. 108.
- MAS CASANOVAS: "La responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene la figura del contratista o el concesionario de un servicio público", REFC, (2004), pp. 138-164.
- MAURANDO GUILLÉN: "La concurrencia de jurisdicciones en los procesos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", CDJ, n. 2, 1999, pp. 431-484.
- MENÉNDEZ DE LUARCA PARDO: "Responsabilidad de contratistas y concesionario de la Administración Pública por daños causados a terceros", La Responsabilidad Patrimonial del Estado (I), BOICAM, 23, 3ª Época, noviembre 2002, p.225.

MESTRE DELDAGO: "Crónica sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción", RAP, 138, septiembre-diciembre 1995, p. 315.

MIR PUIGPELAT: La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Civitas, 2002.

- "La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC", RJA, IV, 1994, p. 1015.

- "La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración: una polémica que no cesa (Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa)", InDret, 151, julio 2003, 2003/ 6, (www.indret.com).

MOROTE SARRIÓN: "La novedosa doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración", RAP, 147, septiembre- diciembre 1998, p. 95.

MOLINA BLÁZQUEZ: PJ, 38, 1995, pp.128 y ss.

MONTERO ELENA: "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por hechos de circulación", RRCCS, 7, 2003, p. 364.

MONTORO CHINER y HILL PRADOS: Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro, Atelier, Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: Derecho Penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

OLIVENCIA: "Seguros de caución, crédito, Responsabilidad Civil y reaseguro (artículos 68 a 79 de la Ley)", VERDERA, Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, vol. 1, Madrid, 1982.

- "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial los daños causados por la gran empresa. La acción directa y las excepciones oponibles", Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa, Musini, Madrid, 1994.

ORRISO SALLÉS: "Un paso atrás en el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso", La Ley, 5720, 17 de febrero de 2003, p. 1678.

PANTALEÓN PRIETO: "Comentario a la Sentencia de 27 de enero de 1983", CCJC, 1, enero-marzo 1983, p. 93.

- Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Madrid, 1985.

- Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración, Civitas, Madrid, 1995.

- "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", REDA, 91, 1996, p. 403.

- Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente, Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, (coord) MARTÍN REBOLLO, 1997, p. 25.

PARADA VÁZQUEZ: Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO: "Algunas reflexiones sobre aspectos generales sobre la modificación del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común", RJCM, 4, agosto- octubre 1999.

RAZQUIN LIZARRAGA: "Procedimiento y jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: Análisis jurisprudencial y recientes novedades legislativas", RJ, 6, mayo 2004.

REGLERO CAMPOS: Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro, Aranzadi, 2004.

- "El Seguro de Responsabilidad Civil", Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2003.

- "Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor", Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2003.

ROMERO REY: "Modificaciones en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre", AA, 6, de marzo de 2004.

- "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y el contrato de seguro: una inagotable fuente de conflictos acerca del orden jurisdiccional competente", RRCCS, 8, septiembre 2004, p. 4.

SALÁS DARROCHA: "Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones", AA, 8, abril 2004, (t- 2004-1), pp. 907 y ss.

SÁNCHEZ CALERO: "Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro", Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, vol. 2, Edersa, Madrid, 1990.

- "Artículo 76. Acción directa contra el asegurador", La Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

SÁNCHEZ MORÓN: "Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración", REDA, 7, octubre-diciembre 1975, p. 647.

- "Responsabilidad administrativa", JA, 4, julio 1999, p. 137.

SEIJAS QUINTANA, Acción directa contra la aseguradora de la Administración, VII Congreso Nacional de Derecho sanitario, Madrid, 2001, pp.153 ss.,

SERRERA CONTRERAS: "De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio", Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, tomo II, Edit. Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.

- "La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado", RAAP, 23, julio- septiembre, 1995, p. 15.

SORIANO GARCÍA: "Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta de la responsabilidad de la Administración a la jurisdicción civil?", REDA, n. 115, 2002, pp. 399-404.

SOTO NIETO: "La posible condición de parte del asegurador obligatorio en el proceso penal", RES, 103, julio-septiembre 2000, p. 567.

SUÁREZ GARCÍA: "Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: principios y procedimientos", La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, (dir.) BELLO, Xunta de Galicia-EGAP, Santiago de Compostela, 1999, p. 103.

TORRENT Y RIBERT: "Nueva legislación sobre Jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", RDC, junio, 1999.

TRAYTER JIMÉNEZ: "El efecto directo de las Directivas comunitarias: El papel de la Administración y los Jueces en su aplicación", RAP, n. 125, 1991, pp. 227-280.

La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad de los entes públicos, Ed. MAPFRE, Madrid, 1995, pp. 102- 125.

VALLINA: "Responsabilidad de autoridades", La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, 1999, pp. 524 y ss.

XIOL RIOS: "El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados", Ponencias del III Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Salamanca, noviembre de 2003), Granada, 2003.

NOTAS:

¹Es opinión unánime que el orden penal goza de preferencia para el conocimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por hechos delictivos cometidos por sus agentes y funcionarios (art. 121 CP). Esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de este trabajo y por tanto no será analizada en el mismo. Sobre esta cuestión, vid. CASINO: Responsabilidad civil de la Administración y delito, (1998).

²Vid. art. 407 de la LBRL de 1955.

³LEGUINA: "El ámbito de la Jurisdicción", Comentarios a la LJCA, (2001), pp. 63 y 64.

⁴Entre otros, cfr. MARTÍN REBOLLO: DA, 237-238, 1994, pp. 79 y ss; MARTÍN-RETORTILLO: RAP, 42, 1963, pp.207 y ss; GONZALEZ PÉREZ: RCDI, 496, 1973, p. 378; CLAVERO ARÉVALO: RAP, 66, 1971, p. 255; GARCÍA TREVIANO: RAP, 34, 1961, pp. 293 y ss.

⁵A favor de la jurisdicción civil, puede citarse sobre todo a PANTALEÓN: Responsabilidad civil, (1985); Responsabilidad médica (1995); "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente, 1996 REDA.

⁶Vid. LEGUINA: "La responsabilidad patrimonial de la Administración", La nueva Ley de régimen jurídico, (1993), pp. 402 y ss; BLASCO: "La responsabilidad de la Administración", Comentario, (1993), p. 425; CABALLERO: Las responsabilidades, (1996), p. 402; COBO: Ley30/1992, (1994), pp. 729 y ss, entre otros.

⁷GONZÁLEZ PÉREZ: Comentarios, (1998), pp. 196 y ss.

⁸LEGUINA: "La responsabilidad patrimonial de la Administración", La nueva ley de Régimen Jurídico (1993), p.405.

⁹GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO: La Ley, 1993, p. 955. Según este autor, "los actos que dicte la Administración al resolver sobre peticiones de responsabilidad patrimonial en relaciones de derecho privado no están sujetos al Derecho administrativo más que en el procedimiento".

¹⁰SERRERA: "De la responsabilidad", Estudios y comentarios, (1993), p. 106.

¹¹PANTALEON: Responsabilidad médica, (1995), p. 35. Según este autor, la supresión del párrafo 5º del art. 1903 del CC por la Ley 1/1991, de 7 de enero, no constituye un argumento a favor de la unificación sustantiva, al haber quedado derogado por la LRJAE (art. 41). Se califica de "erróneo" que "la jurisdicción contencioso -administrativa no pueda aplicar parámetros ius privatísticos."

¹²BLANQUER: La Responsabilidad patrimonial, (1997), p. 146. Este autor ya vaticinaba que la unidad jurisdiccional pretendida sólo podría resolverse con la modificación de la LOPJ. Además de las aportaciones de la doctrina del Consejo de Estado orientadas a la unidad jurisdiccional, según este autor, el éxito de esa aspiración depende en última medida de una oportuna modificación de la LOPJ, que "es la sede normativa idónea para garantizar la unidad del fuero en materia de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas.

¹³En la Exposición de Motivos de esta Ley se dice que "los principios de su peculiar régimen jurídico (de la Administración Pública), que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal".

¹⁴LEGUINA: "La reforma de la Ley 30/92", III Jornadas, 1999, p.122.

¹⁵Del mismo modo, en concordancia con ello, la disposición derogatoria de esta Ley deroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, sobre la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. (vid. sobre la cuestión, STS de 17 febrero 2006 (RJ 2006, 889).

¹⁶LEGUINA: "La reforma de la Ley 30/92", III Jornadas, 1999, p.122.

¹⁷LEGUINA: "El ámbito de la Jurisdicción", Comentarios a la LJCA, (2001), p. 67.

¹⁸En opinión de LEGUINA, esta práctica judicial "priva, aún más, si cabe, de toda justificación al régimen de dualidad jurisdiccional". ("El Fundamento", Responsabilidad civil, [1983], p.358).

¹⁹Sobre la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, vid. entre otros, GAMERO: Responsabilidad, (1997), pp. 27 y ss; MARTÍN REBOLLO: DA, 237-238, 1994, pp. 85 y ss.; HUERGO LORA: REDA, 122, 2004, p. 203.

²⁰Este caso se encuadra dentro de la responsabilidad de la Administración por actos de sus autoridades y funcionarios, más que derivada del funcionamiento del servicio público.

²¹V. STS (Sala 3ª) de 28 junio 1963 (RJ 1963, 3334) que expresa así la distinción de ambos órdenes: "las acciones negligentes o imprudentes del conductor no infringen o vulneran una reglamentación administrativa, ni el acto concreto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo, sino tan sólo una relación de orden privado que, aunque pueda generar responsabilidad patrimonial del Estado, será exigible con fundamento en el derecho civil, art. 1902, y como cuestión de tal orden su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria".

²²Vid: SSTS (Sala 1ª) de 24 abril 1995 (RJ 1995, 3492) cita otras sentencias de la misma Sala en idéntico sentido: v. SSTS de 20 marzo 1975 (RJ 1975,1328), de 19 febrero 1982 (RJ 1982,750), de 5 julio 1983 (RJ 1983, 4068), entre otras.

²³Vid. BERCOVITZ: CCJC, 1986, pp. 3187 y ss; CCJC, 1987, pp. 4351 y ss.

²⁴Así, la STS (Sala 1ª) de 22 abril 1995 (RJ 1995, 3942) sostiene la competencia del orden civil en reclamación contra la Administración del Estado con ocasión de un accidente de tráfico ocasionado por vehículo oficial, de acuerdo al argumento de que "el daño no se ha producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino que se ha producido por una incidencia marginal al servicio".

²⁵SAP de Vizcaya (secc. 3ª) de 8 septiembre 1995 (AC 1995, 1740; FD2º).

²⁶STS (Sala 3ª) de 4 junio 1979 (RJ 1979, 2897; FD1º).

²⁷Entre otras, v. STS (Sala 3ª) de 18 diciembre 1982 (RJ 1982, 8028; FD1º), SAP de Soria de 20 mayo 1996 (AC 1996, 8719; FD2º), SAP de Cádiz 21 abril 1998 (AC 1998,6405; FD2º), Auto de la Sala de Conflictos del TS de 29 octubre de 1998 (RJ 1999, 1754; FD2º).

²⁸SAP de Vizcaya (secc. 3ª) de 8 septiembre 1995 (AC 1995, 1740; FD2º).

²⁹STS (Sala 1ª) de 8 abril 1995 (RJ 1995, 2994; FD2º).

³⁰Como ocurre en la SAP de Vizcaya (secc. 3^a) de 8 septiembre 1995 (AC 1995, 1740; FD2^o), relativa a la responsabilidad solidaria de dos Diputaciones Forales por accidente debido a caída de farola en vía pública. Según el tribunal, el ámbito de la jurisdicción contenciosa no es absoluto, pues debe tenerse en cuenta la naturaleza y el carácter del derecho lesionado.

³¹Por ejemplo la SAP de Soria de 24 mayo 1995 (AC 1995, 930; FD 2^o) se refiere a la acción de responsabilidad derivada de una relación que "afecta al derecho de propiedad".

³²Como establece la citada SAP de Vizcaya (secc. 3^a) de 8 septiembre 1995 (AC 1995, 1740; FD2^o).

³³Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 4 abril 1994 (RJ 1994, 3195; FD4^o).

³⁴La SAP de Barcelona (secc. 17^a) de 28 septiembre 1998 (AC 1998, 6420; FD 3^o), sobre caída de motocicleta por engancharse la manga de la chaqueta del conductor con uno de los ganchos de las vallas colocadas por las obras, se refiere a este criterio cuando existe solidaridad entre los demandados. Al respecto cita las SSTS 10 noviembre 1990 (RJ 1990, 8538), de 17 julio 1992 (RJ 1992,6433), de 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7734) y de 26 diciembre 1995 (RJ 1995,9209) entre otras. También la SAP de Álava (secc. 2^a) de 22 mayo de 1998 (AC 1998, 5513; FD2^o) igualmente en caso de solidaridad establece el siguiente argumento: "Después de la reforma introducida por la Ley 30/1992, de 26 noviembre, las demandas por responsabilidad civil frente a la administración sólo serán posibles ante la jurisdicción civil, por no poderse separar la continen- cia de la causa y ante el riesgo de fallos contradictorios, cuando junto a la Administración se demande también a personas físicas o jurídicas privadas y exista un vínculo de solidaridad entre ellos".

Se refieren también a este criterio las SSAP de Granada de 22 enero 1993 (AC 1993, 625; FD2^o), de Toledo (secc. 1^a) de 24 julio 1996 (AC 1996, 1529; FD1^o), de Badajoz (Sala 2^a) de 3 marzo 1998 (AC 1998, 3789; FD 2^o y 3^o), de Valladolid (sección 1^a) de 22 julio 1998 (AC 1998, 1623; FD2^o), de Álava (secc. 2^a) de 22 mayo 1998 (AC 1998, 5513; FD2^o y 3^o).

³⁵V. SAP de Madrid (sección 13^a) de 22 marzo 1999 (AC 1999,7025; FD 2^o) que defien- de la doctrina sentada por el Tribunal de Conflictos y expresa que "cuando el problema de que se trata es dilucidar cuál de los expresados órdenes jurisdiccionales es el competente para conocer de un proceso sobre responsabilidad patrimonial, de la misma, en cuyo pro- ceso aparece demandada la Administración Pública, pero no ella sola, sino juntamente con unos particulares, cuales son la empresa constructora de dicha autovía y las dos entidades aseguradoras de la referida empresa, se debe entender que "la Jurisdicción Contencioso- Administrativa carece de competencia para conocer de acciones ejercitadas contra particu- lares o, acumuladas, contra éstos y la Administración Pública, ya que su competencia viene referida al conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley (..), así como al conocimiento de las cuestiones que enumera el art. 3 de la citada Ley, en ninguna de las cuales puede incluirse el supuesto que aquí nos ocupa. En cambio, en el Orden Civil son acumulables las acciones que uno tenga contra varios, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir (art. 156 LEC), cual es el caso aquí contemplado, en el que con base en un único hecho ("una misma causa de pedir"), como es un accidente de circulación, con resultado de lesio- nes y daños, derivado de la inexistente señalización en la correspondiente autovía (según los términos en que aparece formulada la demanda), los perjudicados por dicho hecho ejer- citan, acumuladas, las acciones que creen les corresponden contra los que, según ellos, apa- recen como responsables de la conducta antijurídica determinante de los daños (la Administración Pública y tres sujetos particulares), sin que a dichos perjudicados se les pueda compeler a que ejerciten separadamente, ante distintas jurisdicciones, las acciones

de las que creen estar asistidos (ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que tienen contra la Administración Pública y ante la Civil las que les asisten contra los sujetos particulares), pues ello comportaría la posible división de la contienda de la causa, con las también posibles resoluciones contradictorias y, en definitiva, conculcaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24.1 CE.

³⁶Del mismo modo, la Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 21 marzo 1994 (RJ 1994, 2520; FD1º) y las SSTs (Sala 1ª) de 1 julio 1986 (RJ 1986, 4559; FD1º) y de 22 abril 1995 (RJ 1995, 3492; FD2º y FD3º), ésta última dictada como consecuencia de un accidente de circulación provocado por funcionario policial, también recoge la doctrina más seguida por la Sala 1ª en los casos de solidaridad. También la SAP Soria 24 de mayo 1995 (AC 1995, 930; FD3º) referente a la responsabilidad de la Administración autonómica respecto de los daños producidos por la colisión de un vehículo con un corzo que irrumpió en la calzada, siendo demandadas conjuntamente la Administración autonómica y el titular del coto. La SAP de Cádiz de 21 abril 1998 (AC 1998, 6405; FD2º), sobre demanda conjunta a la Administración y a una entidad aseguradora establece que "aun cuando la Ley 30/1992, de 26 noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido a reinstaurar en nuestro sistema procesal el principio de unidad jurisdiccional, atribuyendo a la jurisdicción contencioso-administrativa en exclusiva el conocimiento de las demandas en las que se exija responsabilidad patrimonial de la Administración, es lo cierto que tal regla general cede, cuando como acaece en el presente, junto con la Administración demandada son llamadas al proceso otras personas jurídico privadas, en el presente caso la entidad de "Seguros Mapfre", y ello por cuanto en tales supuestos prevalece la "vis atractiva" de la jurisdicción civil".

³⁷SSTs de 31 octubre 1995 (RJ 1995,7734) y de 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4257) y la Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 9776). En sentido parecido, SSAP de Barcelona (secc. 17ª) de 28 septiembre 1998 (AC 1998, 6420; FD2º y 3º), se refieren a la doctrina sentada por los Autos de 7 julio 1994 (RJ 1994, 7998) y de 19 diciembre 1996 (RJ 1996, 9187).

³⁸Continúa diciendo el TS que, "en evitación de todo ello, la Sala Primera de este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 2 febrero 1987 [RJ 1987\673], 10 noviembre 1990 [RJ 1990\8538] y 17 julio 1992 [RJ 1992\6433], entre otras) que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, la competencia para el conocimiento del proceso corresponde a la Jurisdicción Civil, cuya doctrina la consideramos válida aún después de la promulgación de la Ley 30/1992, pues está pronunciada, obviamente, para los supuestos en que la Administración actuaba como sujeto de Derecho público, no de Derecho privado, ya que en este último supuesto le hubiera correspondido, en todo caso, la competencia a la Jurisdicción civil, conforme al art. 41 -hoy derogado-, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957. La expresada doctrina jurisprudencial ha sido, en general, acogida por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración (art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien la Sentencia de dicho Tribunal de 20 junio 1994 (RJ 1995\5025), la matiza en el sentido de no considerarla aplicable cuando el particular codemandado con la Administración "no actúa propiamente en su condición de tal particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera de prestación del servicio público en concepto de contratista del Ente administrativo codemandado".

³⁹V. SAP de Cádiz de 21 abril 1998 (AC 1998,6405; FD3º).

⁴⁰V. SAP de Álava (secc. 2ª) de 22 mayo 1998 (AC 1998, 5513; FD2º) y SAP de León (secc. 2ª) de 26 noviembre 1998 (AC 1998, 2178; FD3º).

⁴¹SAP de Barcelona (secc. 17^a) de 28 septiembre 1998 (AC 1998, 6420; FD3^o) y SAP de La Coruña (secc. 4^a) de 12 mayo 1999 (AC 1999, 5234; FD 2^o), ésta última sobre demanda conjunta contra un Ayuntamiento y una empresa de aguas residuales por accidente por choque de vehículo con tapa de alcantarillado,

⁴²Sobre esta cuestión, vid. BOCANEGRA: REDA, 18, 1978, pp. 397 y 406; DA, 237-238, 1994, pp. 205-238. A favor de la competencia jurisdiccional civil, vid. PANTALEÓN: "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", REDA, n^o 91, 1996, pp. 403-413.

⁴³Entre otras, v. SSTS (Sala 1^a) de 1 julio 1986 (RJ 1986, 4559; FD1^o) y de 22 abril 1995 (RJ 1995, 3492; FD1^o, 2^o), también SSTS 10 noviembre 1990 (RJ 1990,8538), de 17 julio 1992 (RJ 1992, 6433), de 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7734) y de 26 diciembre 1995 (RJ 1995, 9209) entre otras). Le siguen, las SSAP de Vizcaya (secc. 3^a) de 8 septiembre 1995 (AC 1995, 1740; FD2^o), de Valladolid (secc. 1^a) de 22 julio 1998 (AC 1998, 1623; FD2^o), de León (secc. 2^a) de 26 noviembre 1998 (AC 1998, 2178; FD3^o), de Toledo (secc. 1^a) de 24 julio 1996 (AC 1996, 1529; FD1^o). La SAP de Barcelona (secc. 17^a) de 28 septiembre 1998 (AC 1998, 6420; FD 3^o) concretamente alude al carácter de "vis atractiva" de la jurisdicción civil para evitar el riesgo de fallos contradictorios.

⁴⁴Este Auto además se remite a una importante sentencia sobre responsabilidad de la Administración por accidente de tráfico. Se trata de la Sentencia de la Sala de Conflictos del TS de 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 9776).

⁴⁵En la misma línea, también v. la SAP de Burgos (secc. 3^a) de 10 febrero 1998 (AC 1998, 3308, FD2^o y 3^o) según la cual: "la responsabilidad de la Administración del Estado, por daños causados a los particulares cuando actúa en relaciones de Derecho Privado y no aparece demandado conjuntamente con otras personas físicas o jurídicas de carácter privado, no puede hacerse efectiva ante los Tribunales ordinarios del orden civil".

⁴⁶BELLO JANEIRO: "La necesaria revisión", La Responsabilidad Patrimonial, (1999), p. 353.

⁴⁷Sobre la competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración en el sistema francés vid. HUERGO LORA: REDA, 122, 2004, p. 211, n. p. 18. Este autor cita al respecto la decisión del Tribunal de Conflictos de 3 de marzo de 1969, n^o 1924, Rec. CE 1969, pp. 681 y 682.

⁴⁸Otra sentencia también partidaria de la competencia jurisdiccional contenciosa es la SAP de Barcelona (secc. 12^a) de 11 enero 1999 (AC 1999, 143; FD 1^o y 2^o), sobre acción de responsabilidad contra la Diputación Provincial titular de la vía, por accidente de circulación debido al mal estado de la misma. Esta sentencia también apoya esta preferencia jurisdiccional en la nueva delimitación competencial tras las nuevas disposiciones, si bien el caso por ella resuelto no plantea problema alguno "al ser demandada únicamente la Diputación de Barcelona, los pretendidos daños y perjuicios derivados del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, deben de ser planteados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

⁴⁹Después de reconocer una unidad procedimental jurisdiccional y de régimen jurídico, como consecuencia lógica del sistema unitario, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales, así se pronuncia la SAP de Soria 7 enero 1999 (AC 1999, 2841; FD2^o), sobre responsabilidad de la Administración por accidente de circulación resultante de la invasión de animales en la calzada. En la misma línea, v. la SAP de Madrid de 6 abril 1999 (AC 1999,1675; FD 3^o), sobre accidente de circulación por colisión con vehículo del Estado conducido por policía nacional anterior a la LRJAP-PAC.

⁵⁰Cfr. STS (Sala 1ª) de 15 julio 2003 y la SAP de Lugo 17 febrero 1999 (AC 1999,562; FD 1º), sobre concurrencia de culpas de la compañía encargada de la instalación, cuidado y mantenimiento de los contenedores y del Ayuntamiento en un caso de colisión con un contenedor de residuos. Precisamente esta resolución pretende mantener la competencia de la jurisdicción civil utilizando el referido principio de "evitación del peregrinaje de jurisdicciones". También atribuye competencia a la jurisdicción civil de acuerdo a los mismos argumentos la SAP de Navarra (secc 3ª) de 28 octubre 1999 (AC 1999, 2233; FD2º).

⁵¹Cfr. SAP de Girona (secc. 2ª) de 9 marzo 2000 (AC 2000, 593; FD 2º), sobre fallecimiento en accidente de circulación por colisión de turismo con yegua extraviada al fugarse de cuadra donde había sido encerrada por la Policía Local. Sigue el mismo criterio la SAP de Madrid (secc. 11ª) de 6 abril 1999 (AC 1999, 1675; FD 3º), sobre demanda contra la Administración del Estado por accidente debido a colisión con vehículo del Estado conducido por policía nacional. Establece el tribunal que: "dada la fecha en que ocurrieron los hechos y se entabló la demanda, las normas que se citan resultan inaplicables, rigiendo, por el contrario, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la LRJAE de 26 de julio de 1957(..), en materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus art.s 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil".

⁵²Vid. SAP de La Coruña (secc. 4ª) de 12 mayo 1999 (AC 1999, 5234; FD2º), sobre demanda conjunta contra el Ayuntamiento y empresa de residuos por accidente de circulación por daños ocasionados a automóvil al introducirse una de sus ruedas en un agujero de un desagüe o alcantarilla que se encontraba sin tapa. Se niega la competencia de la jurisdicción contenciosa debido a que la formulación de la demanda es anterior a la publicación de las nuevas leyes.

⁵³SAP de Córdoba (secc. 3ª) de 3 septiembre 1999 (AC 1999, 1854; FD 4º). Además según esta sentencia "parece muy conveniente unificar la competencia para conocer a este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal", criterio que viene a tener expresa sanción en el art. 2 e) de la misma cuando atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten acerca de la "responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante las órdenes jurisdiccionales civil o social", inciso este último que trata de disipar cualquier duda que pueda suscitarse en supuestos en que junto a la Administración se demande a un particular".

⁵⁴Así mismo, v. STS (Sala 1ª) de 16 marzo 2000 (RJ 2000, 1840; FD2º), según la cual, después de la supresión del párrafo quinto del art.1903 del CC y la publicación de la LRJAP-PAC "es evidente un cambio de panorama competencial en este campo, con la tendencia de la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y el art. 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

⁵⁵Se utiliza la fecha de producción del hecho lesivo en las SSTs (Sala 1ª) de 16 marzo 2000 (RJ 2000, 1840; FD2º), de 18 diciembre 2002 (RJ 2003, 212; FD 1º). Esta última precisamente se remite a la STS de 16 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1840) y utiliza su misma argumentación en la aplicación de la LRJAP-PAC a favor de la competencia jurisdiccional contenciosa, sin embargo se utiliza como fecha clave el día del acaecimiento del daño. En esta sentencia se declara la incompetencia de la Jurisdicción civil en responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por derrumbamiento de una casa por rotura de la canalización municipal del agua sanitaria, al tratarse de un

hecho acaecido tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y del Reglamento que la desarrolla. También se refiere a esta misma fecha la STS (Sala 1ª) de 16 julio 2001 (RJ 2001, 5229; FD3º), según el TS, ha de partirse de la época en la que se han producido los hechos que configuran la pretensión que es objeto del procedimiento y de la normativa entonces reguladora de la actividad de la que aquellos hechos y sus consecuencias se derivan, como determinantes de la posibilidad de conocerlos y decidirlos en toda su extensión. Vid. también las SSTS (Sala 1ª) de 18 febrero 1997 (RJ 1997, 1240), de 22 diciembre 1999 (RJ 1999, 9487), y de 29 junio 2000 (RJ 2000, 5916; FD 3º), entre otras.

⁵⁶Cfr: SSTS (Sala 1ª) de 23 noviembre 2001 (RJ 2001, 953, FD2º), de 9 marzo 1983 (RJ 1983,1429) y de 22 diciembre 1999 (RJ 1999, 9487), entre otras.

⁵⁷Esta tendencia se reconoce igualmente en la STS (Sala 1ª) de 7 marzo 2000 (RJ 2000, 1508, FD 2º y 3º) sobre responsabilidad administrativa en el ámbito sanitario. En casos planteados de acumulación de acciones acaecidos en el periodo transitorio citado, se declara la competencia de la Jurisdicción civil. A pesar de esta tendencia general, otras sentencias aún en estos casos declaran la incompetencia jurisdiccional civil tras la exclusividad jurisdiccional reconocida en la LRJAP-PAC y RPRP. De este modo se pronuncia la citada la 1ª) de 16 marzo 2000 (RJ 2000, 1840; FD2º) cuando dice que: "s indiferente, a estos efectos que, en la organización del Festejo taurino hubiese actuado el Ayuntamiento, como si de una empresa privada se tratara, y no se viera en esa actuación municipal como el cumplimiento de una actividad que cubre un servicio público, concurra o no en esa responsabilidad extracontractual con otras personas o entidades particulares, porque la jurisdicción que se atribuye a los órganos contencioso-administrativos excluye del conocimiento a los órganos de la jurisdicción civil".

⁵⁸Vid. al respecto, también las SSTS (Sala 1ª) de 7 marzo 2002 (RJ 2002, 4151) y 15 julio 2003 (RJ 2003, 4463) que se remiten a la doctrina anterior diciendo que "la razón jurídica para denegar la competencia del sector jurisdiccional contencioso administrativo radica exclusivamente en la doctrina de la vis atractiva del orden civil que es aplicable, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual) se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas", y asimismo que "nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor el régimen jurídico de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y el Reglamento 429/93, aprobado por RD de 26 marzo, porque esta Sala viene entendiendo aplicable a tales reclamaciones la doctrina de la vis atractiva en el sentido expuesto (sentencias, entre otras, de 22 [RJ 1999, 9487] y 31 diciembre 1999 [RJ 1999, 9150]; 26 febrero [RJ 2000, 1248], 7 marzo [RJ 2000, 1508], 10 abril [RJ 2000, 2358], 29 junio [RJ 2000, 5916], 28 noviembre [RJ 2000, 9303] y 18 diciembre 2000 [RJ 2000, 10124]; y 7 marzo [RJ 2001, 3974] y 19 noviembre 2001 [RJ 2001, 9482]), la cual debe ser mantenida porque, además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica procesal". En la última sentencia citada se demandaba solidariamente a una empresa contratista de obras en autovía y a la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, invocando el art. 1902 del Código civil para la reparación de los daños sufridos en vivienda y fosa séptica a consecuencia de los trabajos de desmonte y rebaje del terreno realizados para la construcción de una autovía. Según el TS, se trata de un caso al que es aplicable la doctrina jurisprudencial reseñada y no así, en modo alguno, el art. 11 de la LC.

⁵⁹Según esta Disposición: "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como 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 al orden jurisdiccional contencioso en todo caso." La competencia exclusiva que esta disposición proclama, debe ser extendida del mismo modo a todos los sectores de la Administración en que la Administración concurre en la imputación de un daño. La innumerable acumulación de reclamaciones en el ámbito de la Administración sanitaria fundamenta la precisión que la reforma de la Ley 30/1992 hace en este sector, extensible, como he dicho a todos los sectores de la actividad administrativa, sin perjuicio de las dificultades prácticas surgidas en determinados casos. Así, la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo ha afirmado su competencia para conocer de un litigio en que se demandaba conjuntamente a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud y a un médico que prestaba sus servicios para el mismo, sobre la base de que los hechos se produjeron con anterioridad a la modificación de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999 (que introdujo la Disposición adicional decimo-segunda) y a la entrada en vigor en 1998 de la LJCA, que supuso la consiguiente modificación de la LOPJ. Postura que se enmarca en la doctrina de la Sala de la evitación del "peregrinaje de jurisdicciones" (v. STS [Sala 1^a] de 30 de enero 2004 [RJ 2004, 439; FD 1^o]).

⁶⁰Esta previsión resultaba contemplada en la LRJAP-PAC en consonancia con el carácter directo de la responsabilidad de la Administración. Han sido numerosos los autores defensores en estos casos de la reclamación directa frente a la Administración. Cfr: BLASCO: "La responsabilidad de la Administración", Comentario, (1993), pp. 434 y ss; FUERTES SUÁREZ: "Responsabilidad de las Administraciones Públicas", (1993), p. 816 PANTALEÓN: Responsabilidad médica (1995), pp. 55 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso II, (2004), pp. 410 y 411, entre otros. Todos ellos defienden el ejercicio de la reclamación directa frente a la Administración por la derogación del art. 43 de la antigua LRJAE. Esta misma doctrina defendía en estos casos la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No obstante, en contra se alza un sector doctrinal que ha admitido la demanda individual frente al funcionario causante del daño y que ha reconocido en tales casos la competencia del orden jurisdiccional civil. Entre otros, cfr: GÓNZALEZ PÉREZ: Responsabilidad, (2004), pp. 570 y ss, y Régimen jurídico de la Administración local, (1985), pp. 636 y ss; PARADA: Régimen jurídico, (1993), p. 453; ABELLA: "Régimen jurídico", El Consultor, (1994), p. 426; LEGUINA: "La responsabilidad patrimonial de la Administración", La nueva Ley de régimen jurídico, (1993), p. 407; COBO: Ley 30/1992, (1994), p. 732.

⁶¹Sobre la "acción de regreso", vid. GARCÍA MACHO: "Función Pública y responsabilidad", Gobierno y Administración en la Constitución, vol.1, (1988), pp. 675 y ss; BARCELONA: REDA, 105, 2000, pp. 37-57; VALLINA: "Responsabilidad de autoridades", La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, 1999, pp. 524 y ss; MARTÍN REBOLLO: RDS, vol. 9, 1 2001, pp.14 y ss, entre otros.

⁶²En contra de la configuración discrecional que tenía la acción de regreso v. LEGUINA: "La responsabilidad patrimonial de la Administración", La nueva ley de Régimen Jurídico (1993), p. 408.

⁶³GONZALEZ PÉREZ: Responsabilidad patrimonial, (2004), p. 573. En la misma línea se pronuncia MARTÍN REBOLLO (RDS, vol. 9, 1, 2001, p. 17 y ss)

⁶⁴No obstante, en este sentido, resulta excepcional la STSJ Galicia (Sala 3^a) de 23 noviembre 2005 (JUR 2006, 86550) sobre accidente de circulación causado a consecuencia de deficiente disposición de elementos de alcantarillado, imputable a la Autoridad Portuaria. La citada sentencia rechaza la incompetencia de jurisdicción contenciosa por razones temporales en los siguientes términos: "La gran novedad que supo-

ne la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, tanto en la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) como en la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741) Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es la posibilidad de traer al proceso contencioso a las compañías aseguradoras junto con la Administración demandada en la posición procesal de parte codemandada. No cabe duda alguna de que por razones temporales, la modificación indicada entra en vigor el día 15 de enero de 2004, no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa referente a hechos sucedidos en el año 2000. Con todo, es procedente en esta sede ratificar la decisión adoptada en la instancia y por las razones que emplea el juzgador. En efecto, es clara la voluntad del legislador de proceder a lo que se ha dado en llamar la unificación de fuero, ya desde el año 1992, llevando a la jurisdicción Contencioso-Administrativa cuantos asuntos se refieran a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; esta línea argumental nos permitirla, incluso antes de la reforma del año 2003, interpretar que la aseguradora puede ser demandada, conjuntamente, en este orden jurisdiccional. Con ello no se desconoce la doctrina que resulta de las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos pero no es menos cierto que las mismas se limitan a resolver el supuesto concreto que se suscita y que no conforman jurisprudencia en los términos que resultan del artículo 1.6 del Código Civil. Además y dado el tiempo transcurrido, podría suceder que si en esta sede se estimara tal causa de inadmisión, la compañía aseguradora hubiera de acudir a la jurisdicción civil con el riesgo de que al serlo de una Administración Pública y estar vigente la regulación actual desde enero de 2004, la jurisdicción civil pudiera declararse incompetente para su conocimiento en base a la redacción actual de la Ley 29/1998, de 13 de julio. En consecuencia, procede la desestimación del óbice de inadmisibilidad alegado, decisión respaldada por el sentido restrictivo que debe presidir la apreciación de aquellos, recomendando tanto el principio de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, economía procesal y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, evitar el denominado peregrinaje jurisdiccional, máxime si tenemos en cuenta que el presente asunto ha recorrido ya dos órdenes jurisdiccionales, penal y contencioso, con relación a un accidente de tráfico sucedido en el año 2000".

ASPECTOS LABORALES DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL

Pilar Henar Mariscal

Licenciada en Derecho Cuerpo de Gestión procesal y administrativa
(Administración de Justicia)

SUMARIO: I. Introducción. Extranjería e inmigración. II. Marco jurídico comunitario e internacional. 1) Las iniciativas de la Comunidad Europea. 2) Derecho Internacional sobre Derechos Humanos. III. Regulación jurídica de la inmigración en España. 1) Introducción. 2) Ámbito de aplicación de la ley. 3) Derecho al trabajo del inmigrante: autorización para trabajar. IV. La inmigración irregular. 1) Situación española. 2) Evolución en la protección de los derechos de los inmigrantes ilegales. Normativa, doctrina y jurisprudencia de extranjería a) validez y nulidad del contrato de trabajo. b) derechos del trabajador extranjero en situación ilegal. V. Objetivo de la normativa de extranjería ante la irregularidad. VI. Conclusiones.

RESUMEN

Con este trabajo se pretende un acercamiento a un problema de gran actualidad y complejidad, la inmigración “irregular”: trabajadores extranjeros unidos por una relación laboral a un empresario sin la preceptiva autorización administrativa para trabajar. A partir de un estudio de la evolución de la legislación de extranjería española y de la interpretación que, de la misma, hicieron la doctrina y los Tribunales de Justicia, se averiguó que en la normativa actual hay fundamentos jurídicos para poder afirmar que el contrato de trabajo celebrado por estos trabajadores es válido; que, por consiguiente, estos trabajadores tienen derechos laborales derivados de su relación de trabajo. Y que, en definitiva la legislación de extranjería vigente tiene como único fin frenar y “regularizar” la inmigración ilegal, no habiendo evolucionado en el reconocimiento de los derechos laborales de estos extranjeros.

I. INTRODUCCIÓN. EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

En un sentido amplio, el término “inmigrante” puede referirse a cualquier persona que se traslade de un Estado a otro, bien sea por causas políticas o económicas; pero en un sentido más estricto y técnico, es

“inmigrante” todo extranjero que se traslada a otro país por motivos de trabajo, es decir, un trabajador. El régimen del contrato de trabajo y las relaciones que de él derivan, como son las prestaciones de Seguridad Social, son regulados por el Derecho del Trabajo, sin embargo la posición jurídica de extranjero del trabajador está sometida al control del Derecho de extranjería (leyes de extranjería de las que más adelante trataremos). En la regulación del fenómeno migratorio por parte del Derecho confluye el Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Internacional, aunque la más importante es la perspectiva laboral del inmigrante porque las políticas migratorias se vinculan a la relación laboral del inmigrante; es condición prioritaria para su entrada en el país de destino la concesión del permiso de trabajo.

Se ha dicho que debería hablarse de un *Derecho de la emigración* que incluyera toda la regulación, en sus múltiples y variadas vertientes, del fenómeno migratorio, no como rama autónoma del ordenamiento jurídico, sino como una formulación teórica que permitiría agrupar el estudio de diversas materias, susceptibles de ser encuadradas dentro de diferentes ramas del ordenamiento jurídico y que afectan a la migración (Rojo Torrecilla, 2001).

Pero ¿existe un derecho a inmigrar o entrar en un país, permanecer y trabajar allí?. La libertad de emigrar está reconocida en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de trabajo, que implica el derecho a salir del propio país para emigrar, pero no se reconoce el correlativo derecho a emigrar a otro país que facultaría al extranjero para entrar y permanecer en el territorio de otro estado y poder trabajar allí (Rodríguez-Piñero, 2001).

La Constitución Española de 1978 (artículo 42), se refiere, exclusivamente, a la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y a que el Estado oriente su política al retorno de nuestros inmigrantes pero, dado que en ese momento no existía la problemática actual, no ha reconocido a los extranjeros, expresamente, un derecho a instalarse en España para trabajar y no ha hecho hincapié en un problema que merecería un tratamiento específico, dada la ingente cantidad de inmigrantes que se han instalado en nuestro país en los últimos años. Sin embargo, la Constitución sí se refiere a los derechos de los extranjeros y se remite a una ley para la regulación del derecho de asilo en su artículo 13.1 y 13.4.

Tanto la legislación de inmigración (política migratoria) como la de extranjería deben respetar el marco constitucional y la normativa inter-

nacional en materia de Derechos Humanos, que inciden en el tratamiento por el Derecho del trabajo de los trabajadores extranjeros en España.

II. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO E INTERNACIONAL

La inmigración se ha convertido en uno de los fenómenos socio-económicos más relevantes de nuestros días pero esto no es algo nuevo, se ha producido a lo largo de toda la historia. Lo que ha ido cambiando ha sido la dirección de los flujos migratorios, que depende de múltiples circunstancias.

En el S. XIX y parte del XX fueron los europeos los que emigraron hacia América y Oceanía. Posteriormente, Europa Central y Nórdica se convirtieron en receptoras de inmigrantes, primero de europeos del Sur, portugueses, españoles e italianos, más adelante les siguieron turcos y yugoslavos y, finalmente, africanos (Rojo Torrecilla, 2001).

La crisis económica del año 1973 originó que los países europeos empezaran a controlar y limitar la inmigración hacia sus países, potenciando el “abandono voluntario” de los inmigrantes a sus países de procedencia. Estas políticas restrictivas desplazaron la inmigración hacia el Sur de Europa. En España este incremento migratorio se ve favorecido por su ubicación geográfica y por la posibilidad de entrar por el mar, regular o clandestinamente, de los inmigrantes procedentes de África.

Es un fenómeno muy complejo que debe ser tratado con una adecuada política migratoria de los gobiernos de los distintos países implicados porque rige el principio de soberanía nacional en esta materia, pero cada vez se está dando mayor importancia al principio universalista de igualdad entre los seres humanos.

1) Las iniciativas de la Comunidad Europea.

Las medidas orientadas a adoptar respuestas comunes al fenómeno de la inmigración procedente de terceros países han sido relativamente recientes. Ante el crecimiento de este fenómeno, existe ya un esbozo de lo que pretende ser en el futuro la política europea en materia de inmigración, proyecto que avanza con dificultades debido a las diferentes posiciones de los estados miembros.

Los avances del proyecto de integración europea y el perfeccionamiento de la libre circulación de personas en un espacio sin fronteras

interiores han conducido a que la Unión Europea se plantee la “comunitarización” de las políticas públicas sobre extranjería e inmigración.

Los antecedentes de dicha “comunitarización” se remontan al Acta Única europea, en cuyo artículo 13 se introdujo el derecho a la libertad de circulación de las personas. Posteriormente, el Acuerdo Shengen de 1985 facilita la creación de un nuevo mercado interior sin fronteras, aprobándose más tarde el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo el 19 de junio de 1990 que establece las condiciones de entrada exigidas a las personas procedentes de terceros países.

También hay que acudir al Título VI del Tratado de Maastrich de 1992 que establece una tímida forma de cooperación intergubernamental al establecer políticas comunes para la concesión de visados.

El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, constituye el origen de la creación de una política comunitaria de inmigración al incluir entre sus objetivos la libertad de circulación de las personas, dedicando una especial atención a la previsión de una política de inmigración y un régimen común de extranjería para los nacionales no comunitarios.

Posteriormente, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 16 y 17 de octubre de 1999, acordará en sus conclusiones las grandes directrices a las que se someterá esa política comunitaria y que constituyen la base de trabajo de la Unión Europea. Estas son:

- La colaboración con los países de origen y los países de tránsito.
- La creación de un sistema europeo de asilo común.
- El trato justo a los nacionales de los terceros países.
- La gestión de flujos migratorios y la erradicación de la inmigración ilegal.

Tras la cumbre de Tampere se han sucedido iniciativas y actos normativos en desarrollo de la política comunitaria en esta materia. El resultado es una combinación de políticas restrictivas, en cuanto a la entrada y permanencia de los extranjeros de terceros países, junto a una tendencia a la equiparación de derechos de los inmigrantes legalmente establecidos con los ciudadanos comunitarios, aunque se ha avanzado menos en este sentido.

En relación con el objetivo de un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente, se pueden destacar la Comunicación sobre Inmigración, Integración y Empleo de 2003, junto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se ha incorporado casi en su totalidad a la Constitución Europea, cuyo capítulo IV (Solidaridad) se refiere al trabajador en general y, por ello, también aplicable a los trabajadores extranjeros. En estos textos destacan los siguientes puntos:

- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.
- Libertad profesional y derecho a trabajar.
- No-discriminación.
- Derecho a la información y consulta de los trabajadores.
- Derecho a la negociación colectiva.
- Protección en caso de despido injustificado.
- Condiciones de trabajo justas y equitativas.
- Prohibición del trabajo infantil y de la juventud en el ámbito del trabajo.
- Derecho al acceso a los servicios de colocación, Seguridad Social y ayuda social.
- Protección de la salud.

Destacan algunas Directivas que inciden en el tema de la inmigración ilegal:

- a) La Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.
- b) La Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.
- c) La Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares.
- d) La Directiva 2004 /81/CE, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctima de la trata de seres humanos u objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes.
- e) La Directiva 2004/82, de 29 de abril, sobre la obligación de comunicar los datos de las personas transportadas.

Hoy por hoy, solo podemos hablar de una política de inmigración comunitaria en construcción. La inmigración es una materia compleja en la que hasta ahora la soberanía de los estados se mostraba en toda su intensidad pero, como hemos visto, la Unión Europea no va a quedar al margen de este fenómeno migratorio; de hecho, tiene muchos proyectos que en el futuro afectarán a los Estados miembros a la hora de establecer el estatuto jurídico del extranjero. No es descabellado pensar en una política de inmigración comunitaria en virtud de la cual la Unión Europea actúe como un todo respecto a la entrada, estancia y expulsión de extranjeros(Ceinos Suárez).

Del análisis de esta normativa se desprende que principalmente se ha avanzado en la defensa de los derechos del trabajador extranjero en situación legal, olvidando los derechos, en general, y los laborales, en particular, del trabajador extranjero en situación irregular o sin permiso para trabajar en el país de acogida.

En la defensa de los derechos de este trabajador acude el Derecho Internacional sobre derechos humanos cuyo contenido afecta a nuestro país (artículo 10 de la Constitución Española).

2) Derecho Internacional sobre derechos humanos.

En este ámbito, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, destacan las siguientes Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

- Resolución 40/144, de 13 de diciembre que contiene la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.
- Resolución 45/158, de 18 de diciembre 1990, que elabora la Convención de los Derechos de los trabajadores migrantes y sus familias.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, de 27 de abril, sobre Derechos Humanos de los Migrantes.
- Resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2004, sobre Derechos Humanos de los Migrantes.
- Recomendación de las Naciones Unidas titulada “Discriminación contra los no ciudadanos“, de agosto de 2004.

Por otra parte, en la 92 Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 2004, se anunció un plan de acción concebido para garantizar que los trabajadores migrantes estén amparados

por las normas laborales internacionales, las legislaciones nacionales y aquellas relacionadas con la protección social.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos similares en su opinión consultiva OC-18/03, donde se establece lo siguiente en relación con los derechos de los trabajadores migrantes:

“La calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarle del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de su relación laboral”.

En esta última línea de protección de los derechos de los inmigrantes, sin distinción de los que se encuentran en situación legal o ilegal, hay que destacar el Informe sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha de 22 de septiembre de 2004, por la relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien, tras visitas a determinados países, constata:

“...el continuo deterioro de la situación de los derechos humanos de los inmigrantes, en particular la de aquellos que se encuentran en una situación irregular; se concede escasa importancia en los debates sobre las políticas de inmigración a los derechos humanos. Los estados, en el ejercicio de su derecho soberano para regular la entrada, permanencia, circulación y política de inmigración, asilo y refugio, deben tener presentes las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas en el ámbito internacional”.

Todos los estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño deben garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en esos instrumentos jurídicos, en virtud del principio de igualdad y no-discriminación establecido en esos tratados, lo que constituye un principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Además, todos los estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben comprometerse a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, en particular por origen racial.

III. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

1) Introducción

El eje central de intervención en el marco de las políticas de inmigración es el constituido por mecanismos legales que posibilitan el acceso al empleo. El sustrato normativo básico de esa regulación se encuentra en la legislación de extranjería, un cuerpo legal cuya primera manifestación en España fue la Ley orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ya en plena expansión de fenómeno migratorio, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, derogaba la anterior y tres reformas posteriores operaron sucesivos cambios en su redacción (Ley Orgánica 8/2000, de 22 de febrero; Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre, que ha dado la última redacción a la ley de extranjería desarrollada por su Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

Esta proliferación de leyes y Reglamentos se ha visto acompañada de disposiciones de menor rango dictadas por los órganos administrativos competentes.

Todo ello hace del marco normativo de la extranjería un cuerpo legal complejo, disperso y necesitado de simplificación. Por otra parte, es difícil acercarse a la normativa estrictamente laboral, debido a la interconexión entre autorización para el trabajo y autorización para la entrada o permanencia en España. Por ello, prácticamente todas las situaciones vinculadas a los derechos y obligaciones de los extranjeros (entrada, estancia, permanencia) confluyen de una u otra manera en el hecho de que exista una oferta de empleo regular y que dé lugar a la concesión de una autorización para trabajar.

Los destinatarios de esta normativa son únicamente los trabajadores extranjeros nacionales de terceros países distintos a los que integran la

Unión Europea. Estos últimos se rigen por el Real Decreto 178/03 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea, a los que sólo de forma supletoria se les aplica la normativa general de extranjería en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables. En aplicación de esta normativa, los extranjeros comunitarios no necesitan autorización para el trabajo en España, aunque hasta el año 2003 sí requerían tramitar la obtención de la tarjeta de residente comunitario, por lo que acceden al trabajo en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

Analizando el contenido de estas leyes de extranjería, se pueden distinguir los artículos dirigidos al control de los flujos migratorios y los dirigidos a reconocer y garantizar los derechos fundamentales de los inmigrantes. En este último aspecto el legislador no tiene libertad absoluta, por lo que del estudio de la ley vigente puede llegarse a la conclusión, como se verá más adelante, de que es sospechosa de inconstitucionalidad.

2) **Ámbito de aplicación de la ley**

a) Concepto de trabajador extranjero

Según la legislación española (artículo 11 de la Constitución Española y artículo 17 del Código Civil), extranjero es toda persona que carece de la nacionalidad española. Partiendo de esta idea, se puede definir el “trabajador extranjero” como aquella persona física carente de la nacionalidad española que trate de ejercer o ejerza en España una actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia o ajena. Se trata de una definición más amplia que la incluida en el Estatuto de los Trabajadores, lo que significa que en la Ley Orgánica de extranjería ha primado la idea de atender más a la nacionalidad del sujeto, sea cual sea el tipo de actividad que ejecuta, sin limitarse a una noción de trabajador extranjero basada en los elementos de dependencia y ajenidad.

Hay que excluir de esta definición a los trabajadores comunitarios a los que no se considera extranjeros desde el punto de vista laboral, aunque no tengan la nacionalidad española, por el principio de libertad de circulación sobre el que se asienta la Comunidad Europea que les garantiza el acceso al empleo en iguales condiciones que los trabajadores de nuestro país.

Así pues, son extranjeros, desde esta perspectiva laboral, los trabajadores extracomunitarios o no procedentes de países de la Unión Europea,

que están sujetos a reglas de control y restricción, que se materializan en la exigencia de autorización administrativa para trabajar y que se rigen por la normativa que sobre extranjería está vigente en España.

b) Situaciones de los extranjeros

Los extranjeros podrán encontrarse en España, de forma legal, en las situaciones de estancia (para investigación o estudios) o residencia.

Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en situación de residencia temporal (periodo superior a 90 días e inferior a 5 años) o de residencia permanente (superior a 5 años).

Son trabajadores extranjeros en situación ilegal o irregular aquellos que, aun no teniendo autorización para trabajar, tienen una relación laboral con un empleador.

3) **Derecho al trabajo del inmigrante: autorización para trabajar**

El punto de partida para analizar los aspectos laborales de la regulación legal de la extranjería en España se sitúa en ver si los trabajadores extranjeros extracomunitarios tienen reconocido el derecho al trabajo en nuestra Constitución. Este derecho se regula en el artículo 35 de la Carta magna que establece que “Todos los españoles tienen derecho al trabajo, a la libre elección de la profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia...”. En consecuencia, parece que no están incluidos los extranjeros; sin embargo el artículo 13 de la Constitución Española señala que: “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título”. (Título I).

El artículo 10 de la vigente Ley de Extranjería reconoce dentro de los “Derechos y Libertades de los extranjeros” el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, estableciendo que: “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso a la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Además, el artículo 36 de la citada ley establece las condiciones para el ejercicio por parte de los extranjeros de ese derecho al trabajo, que consiste en la exigencia de una autorización administrativa previa para trabajar.

La principal cuestión que debe ser analizada es la referida al sometimiento del derecho al trabajo de los trabajadores extranjeros a un régimen de autorizaciones administrativas, limitando el derecho reconocido en el artículo 10, lo que nos lleva a la necesidad de plantearnos la justificación jurídica de esta limitación, así como la naturaleza de la misma.

Cabe preguntarse si existe un derecho al trabajo del inmigrante reconocido en la Constitución, y, si es así, si ante la exigencia de una autorización administrativa para trabajar nos encontramos ante una discriminación o trato desigual.

Para responder a estos interrogantes, han de tenerse en cuenta las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, al establecer que “la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo y no existe ni Tratado ni ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo”.

Así pues, para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo de los trabajadores extranjeros es un derecho de configuración legal, estando el legislador habilitado constitucionalmente para establecer diferencias de trato con los trabajadores nacionales en cuanto a su ejercicio y, por tanto, justificaría la exigencia de esta autorización administrativa previa que origina la distinción entre trabajador extranjero en situación legal o ilegal.

Esta desigualdad también se traduce en una posición de subsidiariedad con respecto a los españoles en el acceso a un puesto de trabajo, ya que la finalidad del control administrativo establecido a través de dicha autorización es la apreciación de la situación nacional de empleo antes de autorizar el trabajo del trabajador extranjero (Ramos Quintana, 2000).

Para García de Enterría y T. R. Fernández, esta autorización se encuadra dentro de las llamadas “limitaciones administrativas de derechos”, que se definen como una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho. Siguen diciendo estos autores que en este tipo específico de autorización limitativa de derechos existe un derecho persistente, en cuanto que el artículo 10 de la Ley de Extranjería, consagra un dere-

cho al trabajo de los trabajadores inmigrantes, así como los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional de Trabajadores.

Esta limitación administrativa no restringe el derecho al trabajo reconocido a estos trabajadores inmigrantes, pero hay una incidencia administrativa en las facultades de ejercicio de ese derecho, que está determinada por la necesidad de coordinarlo con los derechos o intereses de la comunidad, de manera que la autorización administrativa cumple una función de control, sujetando la actividad autorizada a determinadas condiciones o requisitos cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones o a la propia revocación de la autorización (Monereo Pérez, 2001).

Así pues, aceptando que la desigualdad se admite únicamente para el acceso al trabajo al exigirles autorización administrativa para trabajar y no en las condiciones de trabajo una vez el inmigrante ha accedido a supuesto de trabajo, esta igualdad de trato se plasma en la exigencia legal de que en los contratos de trabajo celebrados con los extranjeros deben respetarse las condiciones de trabajo legal y convencionalmente establecidas para el correspondiente trabajo o sector de actividad en función de la categoría profesional o el nivel asignado al trabajador (artículo 50 y 53.1 c de la Ley de Extranjería 2/2000).

Por tanto, una vez empleado, el trabajador extranjero tiene derecho a la no discriminación en el trabajo, conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica 4/2000 (Convenio de la OIT nº 97 y Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante).

La igualdad de trato en el trabajo se deriva también del derecho comunitario, sin perjuicio de las especiales condiciones de entrada, residencia y acceso al empleo (Directiva 2000/43 que reconoce a los nacionales de terceros países el derecho a unas condiciones laborales equivalentes a los de los trabajadores comunitarios).

Una vez incorporado este trabajador al mercado de trabajo español de manera legal o regular, tiene los mismos derechos que los españoles y son reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores: derecho de sindicación y huelga (artículo 11 de la Ley de Extranjería), derecho a asistencia sanitaria y de Seguridad social (artículo 10, 12 y 14), derecho de garantía de la tutela judicial y asistencia jurídica gratuita (artículos 20 y 22) [STC 95/03, de 22 de mayo].

Las formas de acceso de los trabajadores extranjeros al mercado de trabajo de forma legal es el centro de las políticas de inmigración y,

según la vigente Ley de Extranjería, son el sistema de contingentes anuales, el régimen general y las regularizaciones extraordinarias. Todo ello está regulado minuciosamente en dicha ley y en su reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Mayor problema tiene la realización de trabajo sin autorización legal para ello a sabiendas de que, conforme al artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, también nace una relación laboral al presumirse un contrato entre todo el que presta un servicio por cuenta propia y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.

Y ello porque se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que, si esta autorización es necesaria para trabajar en España, dicha autorización es condición para la validez y eficacia del contrato de trabajo.

IV. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

1) Situación española

En España la inmigración ha crecido de forma vertiginosa en los últimos años, un promedio de un 44 por ciento, y aunque en los años 2002, 2003 y 2004 se ralentizó este crecimiento, el empleo extranjero supone cerca de un 6 por ciento del total del empleo legal con afiliación a la Seguridad Social (informe 2/04 del Consejo Económico y Social).

España se ha convertido en un país de tránsito y destino por múltiples razones: la cercanía a Europa, la eliminación de los controles fronterizos hacia otros países europeos y en los casos de los países de América Central y del sur por la coincidencia del idioma. A ello podría añadirse el crecimiento económico en nuestro país.

En este momento, tras el último proceso de regularización, han entrado en España numerosos extranjeros que han engrosado la cifra de inmigrantes ilegales; cifra que había disminuido como consecuencia de dicha regularización.

Aunque la legislación de extranjería promueve la inmigración legal vinculada a un contrato de trabajo, la realidad es que, por motivos muy complejos, existe un gran número de inmigrantes ilegales que están trabajando sin autorización y sin alta en la Seguridad Social. Son estos trabajadores los más necesitados de protección por el Derecho del Trabajo, pues si este se ha dirigido a la defensa de la parte más débil de la rela-

ción laboral, en estos supuestos inmersos en la economía sumergida, están expuestos a abusos y explotación laboral que no se atreven a denunciar porque de hacerlo podrían ser expulsados de España.

En unos casos, entran en España sin visado por los deficientes controles fronterizos pero, en otros, son supuestos de trabajo irregular sobrevenido. Se les reclama para trabajos de temporada y cuando el permiso expira y no hay renovación, en vez de volver al país de origen, entran en el mercado laboral ilegal. Estos trabajadores son reclamados por el propio mercado, abaratan los costes de producción al negárseles sus derechos laborales y aceptan durante años situaciones límite porque confían en obtener su regularización y, por tanto, su entrada en el mercado laboral legal. Y estos trabajadores en situación irregular pesan sobre este mercado ya que pueden ser presionados y explotados con más facilidad. Se produce una competencia ilegal que puede ocasionar una rebaja en la cota de derechos laborales de todos los trabajadores y que promueve el clima de rechazo a los extranjeros (Moya Escudero, 2003).

La inmigración irregular es numerosa en España, según se desprende del estudio publicado por el Consejo Económico y Social anteriormente citado, donde se detecta una importante diferencia entre el número de inmigrantes ocupados que figuran en el censo de población y los trabajadores extranjeros que figuran dados de alta en la Seguridad Social, siendo este último número menor, lo que indica que hay un gran número de trabajadores en situación irregular.

2) Evolución en la protección de los derechos de los inmigrantes ilegales. Normativa, doctrina y jurisprudencia de extranjería.

a) Validez y nulidad del contrato de trabajo

Hay que partir del artículo 7.1 del Estatuto de los Trabajadores donde se regula la capacidad para celebrar un contrato de trabajo; capacidad que reconoce a los trabajadores extranjeros si cumplen los requisitos legales previstos en la Ley de Extranjería. Si tienen autorización para trabajar, estos trabajadores pueden celebrar un contrato de trabajo válido con todos sus efectos. Les serán aplicables todas las garantías que el Derecho del Trabajo proporciona a cualquier trabajador nacional y podrán disfrutar de todos los derechos recogidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, el problema surge con los trabajadores extranjeros que no cumplen los requisitos legales y están desempeñando una actividad laboral para un empresa-

rio. Habría que preguntarse, y ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial a lo largo de mucho tiempo, si ese contrato de trabajo es válido y produce efectos jurídicos o, si por el contrario, es nulo de pleno derecho.

1.- Con anterioridad a la ley de extranjería de 1985 es significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/84, de 23 de noviembre, que resume y fundamenta la tendencia unánime de considerar no válido el contrato de trabajo celebrado sin autorización para trabajar: la existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante con relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional y no porque se encuentre justificada en razones atendibles sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que debe existir la igualdad de trato.

2.- La Ley Orgánica 7/85 no establecía ninguna consecuencia contractual para el extranjero que trabajase sin permiso de trabajo, como tampoco lo hicieron su primer y segundo Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1119/1986 y el Real Decreto 155/1996 que derogó el anterior. Ha tenido que ser la labor de los Tribunales la que durante décadas haya señalado los efectos que surgen ante la falta de cumplimiento de los requisitos formales. La posición de los Tribunales fue consolidar una doctrina en pro de la nulidad; nulidad de pleno derecho al afectar esa omisión al orden público económico, sin que de ninguna manera pueda entenderse que una sanción administrativa de multa o expulsión convalide y subsane esta prohibición.

Los argumentos que servían de base a dicha doctrina de la nulidad del contrato eran, por una parte, el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores que remite a las leyes de extranjería y, por ello, a la necesidad de permiso de trabajo para que exista capacidad para contratar. Y, por otro lado, el artículo 6.3 del Código civil, según el cual “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efectos distinto para el caso de contravención”. La carencia de permiso de trabajo era una infracción de una norma prohibitiva (no se podía trabajar sin permiso de trabajo en virtud del artículo 15 de la LO 7/85). También se remitían al artículo 1275 del Código Civil que establece que los contratos con causa ilícita no tienen efectos y la causa es ilícita si es contraria a las leyes.

Pero es más, si el permiso no se obtiene o no es renovado a su vencimiento, la empresa tiene que resolver necesariamente el contrato si no quiere incurrir en responsabilidades de índole administrativa (STS 20-10-86) aunque la nulidad no se considere producida por una acción o actitud voluntaria y maliciosa del trabajador (STCT 13-7-78).

Ante la ausencia de permiso no se produce un incumplimiento contractual, pues la relación laboral no existiría realmente, ya se debiera a causas imputables al empresario o a una denegación por parte de la autoridad laboral. El contrato se vería extinguido por carecer de permiso, sin que pueda hablarse de despido ni de otra causa imputable a la empresa, por lo cual no podrá responsabilizarse al empresario de haber adoptado la lícita decisión de prescindir de los servicios del trabajador porque solo la tenencia del permiso faculta a este para prescribirlos (SSTCT 5-5-87, 4-6-87, 28-4-87). El empresario no incurrirá en infracción legal de ningún tipo y la única causa legal de extinción del contrato será la ausencia del preceptivo permiso, no dando lugar a una indemnización del trabajador y sin que sean exigibles las formalidades previstas por el Estatuto de los trabajadores para tales eventualidades como una notificación escrita, pues, al no haber llegado a nacer el contrato, mal puede hablarse de rescisión o despido (Polo Sánchez, M. C.).

La postura de la nulidad de pleno derecho no tenía rigor jurídico al equiparar la falta de capacidad para contratar, propia de un incapaz, con la falta de permiso de trabajo del extranjero, pues, aun en caso de aceptarlo a pesar de la extrañeza que causa pensar en un representante del trabajador irregular similar al del incapaz, no sería un caso de nulidad, sino de anulabilidad, según el artículo 1301 del Código Civil. Sería una acción que debería ser ejercida por el empleador y que, en caso de transcurrir cuatro años sin ejercitarla, el contrato devendría válido (Tarabini-Castellani Aznar, 2003).

En relación con el artículo 6.3 del Código Civil, en principio sí concurría el supuesto de hecho: se vulneraba una norma legal (artículo 15 de la L. O. 7/85) por lo que se producía la nulidad. Sin embargo, la jurisprudencia no tuvo en cuenta la redacción final de dicho artículo "...salvo que contemplase un efecto distinto para el caso de contravención". Dicho inciso si lo tuvo en cuenta la jurisprudencia civil y, en virtud de él, mantenía la existencia de la nulidad de forma restrictiva, acudiendo al caso concreto para determinar si se optaba por la nulidad, por la sanción prevista por la norma o por ambas. Y para aplicar la nulidad esta jurisprudencia civil fijó una serie de criterios:

- No se declaraba la nulidad de los contratos cuando la finalidad de la norma vulnerada ya quedaba satisfecha con la sanción en ella prevista porque en estos casos la nulidad era inoperante.
- Igualmente, no procedía la nulidad cuando resultaba contraria a la justicia contractual, a la reciprocidad de riesgos y prestaciones.
- No había nulidad cuando esta perjudicaba el interés protegido por la norma.

Si se hubieran trasladado estos criterios a la validez del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización, parece obvio que se hubiera declarado la validez del mismo. En primer lugar, la finalidad de la norma que exigía la autorización para trabajar ya quedaba satisfecha con las sanciones impuestas al empresario (multa) y al trabajador (la expulsión del país) y la nulidad no solo era inoperante sino que, además, perjudica a una parte contratante frente a la otra. El hecho de que el trabajador extranjero no tuviera ningún derecho laboral excepto la remuneración por el trabajo prestado beneficiaba al empresario y potenciaba la contratación de irregulares, siempre resultaría más económica.

Por lo que respecta a la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato hay numerosísimas sentencias: la SSTCT, 12 de noviembre de 1986 y 20 de enero de 1987; SSTS 13 de diciembre de 1984, 20 de octubre de 1986, 12 de febrero de 1990 y 31 de diciembre de 1991; STSJ Madrid, 28 de noviembre de 1989; STSJ Andalucía/Granada, 7 de enero de 1998; STSJ Cataluña, 11 de enero de 1999; TSJ de Murcia, 4 de octubre de 1999.

No obstante, esa jurisprudencia ha sido matizada con el tiempo y se empezó a mantener que si se concedía el permiso de trabajo posteriormente al inicio de la relación laboral, ese periodo anterior a la concesión era válido; pero, si solicitado el permiso era denegado, esa relación laboral era nula *ad initio*. Destaca la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1994 donde se dice: “la relación jurídica derivada de contrato de trabajo escrito o de compromiso formal de colocación se considera válida en el supuesto de que fuera otorgada la autorización administrativa posterior concediendo el permiso de trabajo”.

Pero si existía ese permiso de trabajado desde el principio de la relación laboral y después no era renovado, cualquiera que fuera el motivo, se estimaba que se estaba en presencia de extinción del acuerdo por una causa legalmente procedente, según una reiterada, aunque no unánime, doctrina jurisprudencial.

Lo que no se cuestionó en ningún momento es que, en ese periodo de falta de validez del contrato en que el trabajador está realizando una actividad laboral. Este tiene derecho a las retribuciones que le son debidas por el mismo, según el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho precepto reconoce el derecho a exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido, pues lo contrario daría lugar a un enriquecimiento sin causa por parte del empresario.

Si la relación de trabajo fundada en un contrato nulo recibe eficacia jurídica hacia el pasado es por exigencia de la ley, basándose en motivos de equidad y prácticos. Además los órganos jurisdiccionales han considerado que dichos salarios quedan protegidos por el Fondo de Garantía Salarial siempre que los demandantes hayan obtenido una sentencia que les reconozca el derecho a percibir los salarios no pagados por el empresario en el periodo que trabajaron para él y que, ante su insolvencia, reclamaron oportunamente ante FOGASA. En tales casos, dicho organismo ha debido asumir su abono dentro de los límites legales pues el artículo 33.1 del Estatuto señala la obligación de este organismo de abonar el importe de los salarios pendientes de pago por insolvencia del empresario, sin establecer distinción alguna para el supuesto de nulidad del contrato (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 27 de febrero de 1998 y del Tribunal Superior de Andalucía/ Granada, de 27 de mayo de 1998 y la sentencia del Juzgado de lo Social de Canarias nº 330/2000, de 30 de septiembre).

3.- La Ley Orgánica 4/2000 antes de su primera reforma, no aporta nada nuevo al tema de la validez o no del contrato de trabajo del extranjero sin permiso de trabajo, ya que, aunque a primera vista en su artículo 33.3 parece que establece la validez del contrato respecto de los derechos del trabajador extranjero en caso de carencia de la correspondiente autorización, en realidad diferencia dos tipos de autorización: la que necesita el empresario para celebrar el contrato de trabajo y una segunda que es el permiso de trabajo para el trabajador. Por otro lado, cuando se dice que es válido el contrato sin autorización, se está remitiendo al apartado 1 de dicho artículo donde se refiere a la autorización del empleador, por lo que no se afirma la validez del contrato ante la carencia de permiso de trabajo, sino ante la carencia de la autorización del empleador para celebrar el contrato.

De este modo, resultaban aplicables las consecuencias que la doctrina y la jurisprudencia anteriores a esta ley aplicaban a la falta de permiso de trabajo. Pero existía alguna posición doctrinal que mantenía que

con esta ley se acababa con la nulidad del contrato celebrado sin permiso (STSJ Andalucía /Granada, de 16 de mayo de 2001).

Sin embargo, se concede un “status intermedio” al inmigrante irregular, pues le reconoce los derechos de sindicación, huelga y prestaciones sociales básicas, entre otros, así como el ejercicio de los mismos.

La sanción prevista para el inmigrante en situación irregular era multa y falta de expulsión, como en la ley posterior, y establecía el empadronamiento como único requisito para acceso tanto a la titularidad como al ejercicio de una serie de derechos, siendo la mera presencia en España condición para el ejercicio de otras.

4.- Ley Orgánica 8/2000. Con la entrada en vigor de esta Ley, la situación parece cambiar, ya que, a pesar de la privación del ejercicio de derechos fundamentales que la anterior ley reconocía y esta suprime, en el tema de la validez del contrato de trabajo parece dar un paso adelante. El artículo 36.1 (que corresponde al anterior 33.1 de la L.O. 4/2000) exige que los extranjeros obtengan el permiso de trabajo para trabajar en España y dicho artículo 36, en su apartado 3, establece que los contratos celebrados sin la autorización exigida en el apartado 1 tienen validez a los efectos de los derechos laborales de los extranjeros.

En consecuencia, para algún sector doctrinal, sería defendible la validez del contrato existente entre un empresario y un extranjero sin autorización para trabajar únicamente en relación con estos derechos, para lo que no sería obstáculo el artículo 6.3 del Código Civil, por extensión de los criterios restrictivos de la nulidad aplicados por la jurisprudencia civil, que son perfectamente predicables del contrato laboral.

Hay una parte de la doctrina que hace una distinción entre validez y eficacia jurídica. Afirman que es válido el contrato de trabajo porque reúne todos los requisitos previstos en el artículo 1261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa), pero ineficaz porque, según la legislación de extranjería, no tiene efectos jurídicos en tanto no se obtenga el permiso de trabajo. Pero añaden que, si bien la nulidad es normalmente definitiva, se reconoce la posibilidad de que el Derecho positivo arbitre fórmulas para convalidar el negocio mediante una autorización posterior o una aprobación formal. Debido a ello, es necesario distinguir varios supuestos en función del momento en que se encuentra la relación laboral y del momento en que se concede el permiso de trabajo. Aunque este se exige en las normas de extranjería con carácter previo, parece razonable entender que el otorgamiento posterior de la autorización convalide el negocio y, por tanto, se estime su validez y eficacia.

Esta interpretación seguida en la jurisprudencia permite efectuar hasta una triple distinción:

- Si el contrato se ha concertado sin previa autorización o ha sido denegada, será nulo, produciendo los efectos que la Ley de Extranjería ha previsto como es la validez en relación con los derechos de los trabajadores únicamente.
- Si el contrato se ha concertado y aún no ha recaído resolución administrativa concediendo o denegando el permiso, no debe estimarse nulo, sino pendiente, eficaz debido a la apariencia de validez, y, si la autorización es definitivamente denegada, decaerá su vigencia y se declarará la nulidad con efectos desde el inicio de la contratación.
- Si el permiso ha caducado y no se ha solicitado su renovación o bien una vez solicitada ha sido denegada, se resolverá por la vía de la nulidad sobrevenida. El contrato será válido hasta la resolución administrativa denegatoria o hasta la fecha de vigencia del permiso.

Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2000, hay numerosa jurisprudencia que mantiene la validez del contrato de trabajo del trabajador irregular (STSJ de Cataluña de 14-5-02, STSJ de Castilla y León nº 565/04) “lo que es coincidente con la realidad social y la finalidad de la norma” y, añade, “ que el legislador ha pretendido lograr la protección del trabajador extranjero perjudicado por la continua utilización de contrataciones irregulares que aprovechan la falta de permiso para eludir los deberes inherentes al contrato de trabajo”.

5.- Ley Orgánica 14/03 de 20 de noviembre. El artículo 36, en su definitiva redacción dada por esta Ley, establece lo siguiente:

“Los extranjeros mayores de 16 años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar...”

Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

La redacción de dicho artículo se mantiene de igual forma en el tema de la validez del contrato de trabajo celebrado sin autorización adminis-

trativa para trabajar, con dos referencias a las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social, que posteriormente se analizarán, por lo que puede reproducirse en relación con la validez del contrato de trabajo lo ya expuesto con anterioridad.

También mantiene la misma redacción que la Ley 8/2000 cuando se refiere a los derechos de sindicación y huelga que se reconocen para estos trabajadores, pero no les posibilita su ejercicio, sino que queda condicionado a que tengan autorización para trabajar (Artículo 11).

Asimismo los artículos concernientes a la Seguridad Social, 10 y 14, mantienen idéntica redacción que en la ley anterior.

En resumen, la Ley 14/2003 aparentemente no introduce modificación en los derechos de los trabajadores extranjeros en situación ilegal, pero sí contiene un aspecto fundamental para estos, como es la posibilidad de su normalización laboral (Disposición Transitoria 3ª) que sí incide positivamente en el reconocimiento y ejercicio de esos derechos. Si acceden al mercado laboral de forma legal, tendrán reconocidos todos los derechos laborales y su ejercicio.

b) Derechos del trabajador extranjero en situación ilegal

¿Cuáles son los derechos del trabajador extranjero respecto de los que el artículo 36 predica la validez del contrato?

Hay tres posibles interpretaciones:

1. Los derechos derivados de la estricta relación laboral entre las partes, contrarrestando la jurisprudencia que declaraba la invalidez del contrato sin permiso de trabajo.
2. Los derechos derivados de la validez de un contrato de trabajo, entre los que se incluirían los derechos de Seguridad Social.
3. Desde una visión más amplia, en su condición de trabajador, se haría referencia, además, a la libertad sindical, al derecho de huelga, a la asistencia jurídica gratuita y a todos los que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador como tal.

Para un sector doctrinal, debe interpretarse dicho artículo de forma global, con la totalidad de la Ley de Extranjería con lo que no estarían incluidos los derechos fundamentales de sindicación y huelga para los que la ley exige la residencia y no cabe su ejercicio para el trabajador irregular; tampoco se extendería a los derechos de Seguridad Social por

este mismo razonamiento. Luego solo se estaría refiriendo a los derechos derivados de la relación laboral entre las partes y, por tanto, les serían aplicables a estos trabajadores irregulares las normas que, sobre efectos del contrato y causas de rescisión, se prevén en el Estatuto de los Trabajadores (indemnización por despido) (Tarabini-Castellani Aznar, 2003).

Para otro sector, los derechos a los que se refiere son los propios de la relación de trabajo, ya que respecto a los derechos constitucionales y los básicos del artículo 4.1 del Estatuto, la propia Ley de Extranjería limita su ejercicio a los residentes legales (Moya Escudero, 2003).

Estos derechos serían, en consecuencia, los del artículo 4.2: derecho a la ocupación efectiva, derecho a la formación y a la promoción profesional en el trabajo, derecho a la no-discriminación, derecho a la integridad física y seguridad e higiene, derecho al respecto de la intimidad y consideración debida a su dignidad, derecho a la percepción puntual de la remuneración, derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato y a cuantos otros deriven específicamente del contrato de trabajo. Sin embargo, no se atreve a afirmar que estos últimos derechos sean aplicables a los trabajadores extranjeros sin permiso, pues sería afirmar que, en caso de cese por el empresario, el trabajador irregular tendría derecho a una indemnización por despido.

b. 1 - Despido y Seguridad Social

De esta clasificación de los derechos, los más estudiados doctrinal y jurisprudencialmente han sido los derechos a una indemnización por despido y los derechos derivados de la Seguridad Social y entiendo que ello es por varias razones:

- Su relación laboral ya ha terminado y ya no es un riesgo para la conservación de su trabajo el hecho de acudir a los Tribunales de Justicia a interponer una demanda.
- Son los que tienen verdadero interés para el trabajador por encima de otros derechos que se ejercen en colectividad, como la sindicación o huelga, y les reporta un beneficio económico individual que, en caso de prestaciones de la Seguridad Social, puede ser de carácter vitalicio (pensión de jubilación, viudedad, etc.).

En relación con el derecho a una indemnización por despido, en caso de cese de la relación laboral sin autorización para trabajar, se ha analizado la tendencia mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia de

considerar que, debido al principio de territorialidad de las leyes que exigen autorización administrativa para trabajar por el hecho de contraerse una norma imperativa, la del artículo correspondiente de la Ley de Extranjería en vigor, el contrato era nulo de pleno derecho y, por ello, no había derecho a la indemnización ni otros derechos derivados del Estatuto en caso de despido.

Pero, tras la redacción de la ley de extranjería dada por la ley 8/2000, hay jurisprudencia a favor de la validez del contrato y, por tanto, de la existencia de este derecho. A este respecto, hay que destacar una importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de mayo de 2002, que considera que el artículo 36.3 de la ley solo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato es perfectamente válido y eficaz para regular la situación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que pudiera dar lugar la contratación de un trabajador sin permiso de trabajo. La Sala entiende que la nueva norma ha querido dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones en esta materia que nacen de cualquier prestación por cuenta ajena con arreglo al Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, las derivadas de la decisión extintiva unilateral en que el despido consiste.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, nº 565/04, de 30 de julio, dice “que la situación de considerar el contrato nulo a raíz de la Ley de Extranjería de 1985 debe considerarse radicalmente modificada por el artículo 36.3 de la ley tras la reforma operada en la misma por la L.O. 8/2000. Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido”.

En lo que se refiere a los derechos derivados de la Seguridad Social, en la actualidad son reconocidos para el trabajador inmigrante en situación legal, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva, pero no lo son para el inmigrante irregular.

Aunque el artículo 41 de la Constitución Española se refiere indistintamente a todos los ciudadanos como sujetos a encuadrar en la Seguridad Social, lo que pudiera llevar a pensar en una tendencia universalizadora subjetiva al ser un derecho de configuración legal, se deja

amplio margen a la ley para configurar los derechos de los extranjeros en la materia.

La ley actual de extranjería, superando situaciones anteriores de desigualdad de trato entre los extranjeros extracomunitarios en función del país de procedencia, al decir en el artículo 14.1 que “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y derechos de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”, deja claro que, si se cumple con el requisito de la residencia, el trabajador extranjero tiene derecho a la protección de la Seguridad Social en su modalidad contributiva y no contributiva.

La ley procede a un escalonamiento en el reconocimiento de derechos que componen la protección social, en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias (Escudero Rodríguez, 2001):

- El derecho al trabajo y a la Seguridad Social se condiciona a la obtención previa de los permisos de trabajo y residencia (artículo 10.1).
- El acceder a las prestaciones y servicios de Seguridad Social (artículo 14.1), así como a los servicios y prestaciones sociales, generales y básicas o específicos (artículo 14.2) en las mismas condiciones que los españoles lo condiciona a la residencia.
- Se rebaja el nivel de exigencia para el derecho a la asistencia sanitaria para la que es suficiente el empadronamiento con carácter general.
- Por último, basta con encontrarse en España para tener el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3).

La carencia del permiso de trabajo determina, en un principio, la denegación de la solicitud de afiliación y alta en la Seguridad Social por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y la consiguiente denegación de prestaciones según la normativa de la Seguridad Social. En este sentido, la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 13 de febrero de 2001, de acuerdo con al artículo 42 del Real Decreto, de 26 de enero de 1996, establece que sigue vigente la obligación de presentar el permiso de trabajo para la afiliación y alta de un trabajador extranjero. Pero, a pesar de ello, sigue subsistente la polémica conexas con la eficacia del contrato de trabajo, de la exigencia o no de cotización del empresario que contrate trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido afirmando tradicionalmente la imposibilidad de su exigencia, pero hay una doctrina a partir de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 de

mayo de 1991 y de 2 de diciembre de 1998, que permiten vislumbrar un importante cambio de criterio al proclamar que, aunque se trate de un contrato nulo, partiendo de la regla del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 106.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social, la obligación de cotizar nacerá con el comienzo de la prestación de trabajo.

Se introduce en el ámbito del derecho social una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto del artículo 1306.2 del Código Civil, que concluye que este principio de cumplimiento de lo debido en razón del tiempo trabajado, es aplicable al principio de cotización a la Seguridad social.

Sin duda, la aplicación de este principio facilitaría la posibilidad de reconocer el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en el caso de los trabajadores irregulares, de conformidad con el mandato expreso contenido en el artículo 41 de la Constitución, ya citado, de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, máxime cuando, junto con los principios de enriquecimiento injusto y cumplimiento de los deberes, la consideración apuntada por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de diciembre de 1994 de que la exigencia del permiso de trabajo no constituye una prohibición absoluta; más bien se trata de una manifestación de la actividad administrativa de limitación, que permite descartar la consideración de que nos encontramos ante la vulneración de una norma imperativa, de orden público, o de una prohibición absoluta. Si a todo ello unimos la dificultad realmente existente para considerar que la capacidad de obrar depende de la obtención de unos permisos administrativos, debe procederse a abrir la posibilidad de reconocer, por la vía de conferir efectos a las cotizaciones que debieran abonarse por el tiempo trabajado, el derecho a las prestaciones de los trabajadores irregulares (Camós Victoria, 2001).

Pero ¿a qué prestaciones tienen derecho estos trabajadores en situación irregular?

No hay discusión, tras la reciente doctrina unificadora de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, 29 de septiembre de 2003, 7 de octubre de 2003, de que el empresario responde directamente de las prestaciones por contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) que se reconozcan a un trabajador extranjero por él empleado sin la preceptiva autorización para trabajar, sin perjuicio del deber de anticipo de la Mutua y de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional y de la Tesorería

General de la Seguridad Social. Dicha doctrina se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 36.3 de la L.O.E., del artículo 106 de la Ley General de Seguridad Social, de la Orden Ministerial de 28-12-66 y del Convenio de la O.I.T. nº 19.

Con anterioridad a esta doctrina había numerosa jurisprudencia en contra del reconocimiento de las prestaciones derivadas de estas contingencias profesionales y, sobre todo, en caso de incapacidad permanente, no siendo así en el supuesto de incapacidad temporal. Hay sentencias a favor del reconocimiento de estas prestaciones como son las de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cinco o la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de diez de mayo de mil novecientos noventa y cinco que, aunque no califican el accidente de laboral en sentido estricto, condenan a la empresa al pago de una cantidad equivalente a la prestación de Seguridad Social en aplicación analógica de las normas reguladoras del accidente laboral; se dice en dichas sentencias que si no se admitiera este derecho a la prestación derivada accidente laboral “se promocionaría el recurso a la ocupación de extranjeros en situación irregular y el fraude al empleo”.

La ley utiliza en el artículo 14.3, para referirse a los derechos en materia de seguridad social de los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, un término confuso que no corresponde a la terminología utilizada en la normativa de Seguridad Social, “servicios y prestaciones sociales básicos”.

Un sector doctrinal (Salinas Molina, 2001) entiende “básico” como sinónimo de elemental para la subsistencia. Por tanto, el precepto se referiría genéricamente a prestaciones o servicios públicos distintos de los que gestiona la Seguridad Social y, en el caso de prestaciones económicas se situaría, más bien, en los que la Constitución del 78 llama asistencia social y que, al no distinguir la ley, comprendería los servicios y prestaciones sociales tanto de carácter estatal como autonómico o municipal. Así pues, las prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y de protección de hijo a cargo por su carácter de prestaciones de Seguridad Social no serían susceptibles de ser incluidas como prestaciones sociales básicas.

Las únicas prestaciones en su modalidad contributiva que se les reconocerían a estos trabajadores serían las de incapacidad (temporal, permanente total, permanente absoluta y gran invalidez), viudedad y orfandad cuando deriven de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero no tendrían derecho a la pensión de jubilación ni a la prestación de desempleo.

La ley de extranjería vigente, en su redacción última del artículo 36.3, establece que “para la contratación de un trabajador extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1” y que es la autorización administrativa previa para trabajar y en su punto 3 establece que la carencia de dicha autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

No hay variación con esta nueva redacción en el tema de la validez del contrato del trabajo porque reproduce el contenido de la anterior ley: no se invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos de los trabajadores por lo que es aplicable la misma polémica sobre la validez y eficacia del contrato anteriormente expuesta. Sin embargo, sí añade dos salvedades:

- a) Incluye entre las responsabilidades del empresario a que dé lugar la falta de autorización para trabajar las que el empresario pudiera tener en materia de Seguridad Social.
- b) No se invalidará el contrato de trabajo respecto de las prestaciones que pudieran corresponderle.

¿A qué se está refiriendo el artículo 36.3 cuando dice “incluidas las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social”? ¿A su obligación de cotizar en respuesta a la polémica antes expuesta sobre la obligación de cotización del empresario por un trabajador en situación irregular?, ¿o se refiere a la responsabilidad directa que tendría dicho empleador en caso de producirse accidente de trabajo o enfermedad profesional?

Podría pensarse que se trata de esta segunda posibilidad, recogiendo la Ley de Extranjería el reconocimiento a las prestaciones contributivas derivadas de contingencias profesionales (principio de automaticidad de las prestaciones del artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social), puesto que los artículos 10 y 14 mantienen igual redacción que en la ley anterior, y del estudio global de la ley vigente solo podría afirmarse que estos trabajadores “irregulares” tendrían derecho a los servicios sociales o prestaciones básicas, es decir, a la asistencia social. Sin embargo, sería deseable que la jurisprudencia, en base a esta modificación del artículo 36.3 se inclinara por una defensa de la obligación de cotización por parte del empresario y, en consecuencia, reconociera todas las prestaciones de Seguridad Social.

b.2 - Derechos de sindicación y huelga

El reconocimiento de estos derechos fundamentales para los trabajadores extranjeros con autorización administrativa para trabajar no suscita ninguna duda. Estos extranjeros tienen el mismo *status* jurídico que los nacionales. En la Ley Orgánica de Extranjería vigente, en su artículo 11, se establece que los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles y que podrán ejercer cuando obtengan la autorización de estancia o residencia en España. De igual modo, cuando estén autorizados para trabajar podrán ejercer el derecho de huelga.

Como puede verse, el legislador español distingue entre el reconocimiento del derecho y su ejercicio. Solo los trabajadores extranjeros en situación legal tiene reconocido el derecho y el ejercicio del mismo; los irregulares no tienen reconocido su ejercicio el cual se supedita a la existencia de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Sin embargo, hay autores, entre ellos Escudero Rodríguez, Moya Escudero y Rueda Valdivia, que consideran que el reconocimiento de un derecho y el goce del mismo son indisolubles y no tendría ningún valor este reconocimiento del derecho si luego no puede ejercitarse.

Esta distinción es de dudosa constitucionalidad (Moya Escudero, 2003). El artículo 13 de la Constitución remite a los Tratados Internacionales para concretar los términos en los que los extranjeros gozan de las libertades públicas consagradas en su Título I. Esta remisión obliga a acudir al Convenio nº 87 de la OIT, de 9 de julio de 1948, del que forma parte España, en cuyo artículo 2 reconoce el derecho de libertad sindical a los trabajadores “sin ninguna distinción”, y establece en su artículo 3.2 el deber para las autoridades públicas de abstenerse de cualquier intervención que tienda a limitar tal derecho o a entorpecer su ejercicio.

Asimismo el artículo 10.2 de la C.E. establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y la citada Declaración proclama el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Estos derechos quedan igualmente consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el

Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos de 19 de diciembre de 1966, así como en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950 y, como siguen diciendo Moya Escudero y Rueda Valdivia, en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se reconocen los mismos, sin distinción de ningún tipo en función de la nacionalidad del trabajador o de su situación administrativa.

Añadir que, además, en relación con el derecho de sindicación, por ser un derecho que no se vincula a un contrato de trabajo, se puede afirmar que el reconocimiento del mismo afecta por igual a los trabajadores extranjeros por cuenta ajena que se hallen en activo y a aquellos que no lo estén, como es el caso de los demandantes de empleo, parados, jubilados...

Así pues, esta limitación en el ejercicio de estos derechos, que no existía en la Ley de Extranjería de 1985 y que se introdujo en la reforma de la Ley 8/00 y permanece en la ley vigente, podría vulnerar la Constitución por ir en contra de estos Tratados Internacionales. Estos solo restringen su ejercicio cuando sea necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública... Son conceptos que han de interpretarse restrictivamente, pues responden a situaciones de especial gravedad o intensidad que no pueden justificar una regulación tan restrictiva (Escudero Rodríguez, 2001).

Para estos autores, esta interpretación es avalada por la sentencia 107/84 que afirmó que hay determinados derechos que pertenecen a los extranjeros por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana; derechos que no serían de configuración legal, pues vienen determinados en la propia Constitución. Se defiende que, aunque la sentencia no incluye expresamente estos derechos de sindicación y huelga, la enumeración que hace no es exhaustiva, como lo confirma el hecho de que sentencias posteriores del Tribunal Constitucional amplían estos derechos: la 99/85 en relación a la tutela judicial efectiva, y la 115/87, para los derechos de reunión y asociación.

Hay consistentes razones a favor de la inclusión de estos dos derechos entre los indispensables para la convivencia democrática. Más aún, una concepción amplia de los derechos fundamentales de los extranjeros, al margen de la regularidad o no de su situación, debe integrar no solo a los derechos individuales, sino también a aquellos cuyo ejercicio ha de ser necesariamente colectivo (Escudero Rodríguez, 2001).

En cuanto al derecho de huelga, respecto del que se pueden reproducir los mismos argumentos para la defensa de su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros en situación irregular, hay que decir que una diferencia con el primero es que no se puede defender sino para los trabajadores que estén en activo, ya que la huelga, por definición, se ejerce frente al empresario y en el marco de una relación laboral. Por otro lado, en la línea seguida hasta ahora, si defendemos la validez del contrato de trabajo sin autorización para trabajar, tendremos que derivar que entre los derechos laborales del trabajador extranjero legal, se encuentra el derecho de huelga (artículo 36.3 de la Ley de Extranjería).

En resumen, el ejercicio de los derechos de los extranjeros sin autorización administrativa para trabajar queda condicionado a la situación legal o ilegal en España, es decir, a que tengan o no autorización para trabajar, algo que podría ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un futuro.

A este respecto, y contrariamente a las opiniones anteriores, el Defensor del Pueblo, en una Resolución adoptada en marzo del 2001 con motivo de la solicitud de un recurso de inconstitucionalidad contra la L.O. 8/2000, defiende la constitucionalidad de la misma porque afirma que el legislador español, atendiendo a las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos, puede establecer la diferencia de trato en el ejercicio de estos derechos fundamentales. Según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “toda persona en el ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades está sujeta a limitaciones establecidas por la ley. En la misma línea encontramos el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La diferencia de trato establecida por el legislador en los artículos 7 y 8 de la Ley de Extranjería respeta las previsiones del Derecho convencional, pues pretende salvaguardar bienes que tal derecho considera dignos de ser protegidos por una sociedad democrática, aunque ello exija la restricción del ejercicio de estas libertades, y viene en alguna medida exigida por el derecho comunitario. Según esta argumentación, la lucha contra la estancia de inmigrantes irregulares en el territorio de los estados miembros constituye un interés común de la misma forma que la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos y, asimismo, esta lucha pretende conseguir la tutela de bienes y principios constitucionales de máxima relevancia.

Esta polémica, aunque de gran relevancia jurídica en la práctica se resuelve ante el hecho de que los inmigrantes en esta situación difícilmente exigirían estos derechos, pues esto les supondría salir de la clandestinidad con el consiguiente riesgo de expulsión a su país de origen.

V. OBJETIVO DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA ANTE “LA IRREGULARIDAD”

La última ley de extranjería, Ley 14/03, de 20 de noviembre, y su Reglamento de desarrollo tienen como objetivo “...reforzar los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal...” y “aumentar las prevenciones para evitar que los instrumentos legales se utilicen en fraude de ley...”

Se parte de la distinción entre irregularidad originaria e irregularidad sobrevenida (Valdueza Blanco, 2005), considerando la primera como aquella en la que el ciudadano extranjero ha accedido al país de acogida sin respetar las vías de acceso dispuestas en la normativa de ese país. Por otro lado, la sobrevenida se entiende como la que se refiere a quienes han entrado en España de forma legal, pero posteriormente devienen irregulares por la existencia de dificultades para renovar su autorización. La citada autora distingue entre un nivel preventivo y un nivel paliativo:

- a) Por lo que se refiere a la prevención de la irregularidad originaria, la nueva normativa clarifica las vías de acceso al mercado de trabajo a través del Régimen General o el contingente e intensifica el control de la entrada de los inmigrantes a España, así como las sanciones para los que participan o colaboran en dicha entrada ilegal.

Respecto a la prevención de la irregularidad sobrevenida, este Reglamento ha introducido importantes novedades como la flexibilización de los requisitos que se exigen a la hora de renovar las autorizaciones para trabajar. Así, por ejemplo, se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un periodo de actividad de al menos 3 meses por año siempre y cuando se acredite que la relación a que dio lugar a dicha autorización se interrumpió por causas ajenas a su voluntad. Otra de las novedades relevantes, en orden a la subsistencia de situaciones originarias, se refiere a la viabilidad del tránsito entre determinadas situaciones administrativas (de una autorización como estudiante a otra como residente, de una autorización de residencia a otra de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia).

Sin embargo, ante la dificultad de evitar estas situaciones de irregularidad se establece otro nivel.

- b) Nivel paliativo, que tendría como finalidad absorber la irregularidad existente a través de las denominadas regularizaciones.

Hay dos supuestos de regularización: uno que se puede denominar “extraordinario” (en la legislación actual se prevé en la Disposición Transitoria 3ª) por cuanto tiene un periodo determinado de caducidad fuera del cual, aun cumpliendo los requisitos, no es posible reglarse y otro que puede ser denominado como “normativizado”, al estar en un cuerpo legal y, por ello, ser aplicable a todos los supuestos en él contemplados estando la norma en vigor (artículos 45, 46, 47 del Reglamento actual donde se regula la residencia temporal en supuestos excepcionales).

Pero hay que partir de la distinción entre el término “normalización” que sólo se refiere a la irregularidad laboral y el término “regularización” que abarca todos los supuestos de irregularidad sin distinción (regularización por circunstancias excepcionales, R. D. 453/2004, de 18 de marzo).

A) Regularizaciones extraordinarias.

Siendo tan elevado el número de trabajadores extranjeros en situación irregular, la ley hace un paréntesis temporal en las exigencias o requisitos que se exigen para contratar trabajadores extranjeros y arbitra un sistema de normalización de la situación de dichos extranjeros, vinculada, en todo caso, a una futura relación laboral (preámbulo del Real Decreto 2393/2004).

Estos procesos extraordinarios suelen presentarse con motivo de la entrada en vigor de alguna norma. Desde la LO 7/85, de Derechos y Libertades de los Extranjeros, hasta nuestros días, se han sucedido varios procesos de regularización:

- Disposición transitoria L.O. 7/85 de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
- Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros.
- Resolución de 15 de abril de 1996, que desarrolla el proceso de documentación de extranjeros en situación irregular prevista en el Reglamento de ejecución de la L.O. 7/85.
- Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, que establece el procedimiento de regularización previsto en la Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.

- Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, que establece los requisitos para la regularización prevista en la Disposición Transitoria 4ª de la L.O .8/2000.
- Finalmente, el Reglamento vigente, en su Disposición Transitoria 3ª, abrió un proceso de normalización durante tres meses para que los inmigrantes irregulares pudieran obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre que cumplieran una serie de requisitos que se establecieron en la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, y que son los siguientes:

1. Ámbito subjetivo

a) El trabajador

1. Debe figurar empadronado en un municipio español, al menos con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (8 de agosto de 2004) y debe encontrarse en España en el momento de realizar la solicitud. Este requisito puede suponer que determinados extranjeros no puedan acceder a esta regularización, pues algunos de ellos causaron baja en el mismo o ni siquiera se empadronaron a raíz de la L.O. 14/03, que permitía el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos del Padrón municipal.

Con relación a esta exigencia, ante la existencia de inmigrantes que no estaban empadronados por la Comisión de empadronamiento, previa propuesta de la Mesa de Diálogo Social, se ha establecido el “empadronamiento por omisión”, que consiste en sustituir el requisito del empadronamiento por la presentación de uno de los siete documentos emitidos o registrados por una Administración española y que estén expedidos, registrados o referidos a actos o documentos con fecha anterior al 8 de agosto de 2004. Estos son:

- La tarjeta de asistencia sanitaria.
- Una copia de solicitud de escolarización de menores.
- Un documento de alta laboral expedido por la Seguridad social.
- Una copia de la solicitud de asilo.
- Una copia de la solicitud de percepción de ayudas sociales.
- Una copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada.
- La notificación de resoluciones derivadas de la normativa de extranjería, emitidas por el Ministerio del Interior, entre ellas, por ejemplo, una orden de expulsión.

2. Debe carecer de antecedentes penales tanto en España como en los países en los que hubiere residido durante los cinco años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español.

3. El trabajador extranjero no debe tener prohibida su entrada en España según lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Extranjería, salvo que dicha prohibición de entrada se derive solo de una expulsión dictada en nuestro país por estancia irregular o trabajo irregular.

4. Debe poseer la titulación, en su caso, debidamente homologada o que acredite la capacitación exigida para el ejercicio de su profesión.

b) El empresario

Los requisitos que debe cumplir el empleador son:

1. Que la empresa esté inscrita en la Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

2. Que las condiciones de trabajo ofrecidas se ajusten a la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

3. Que el empleador fijo del servicio doméstico aporte su documentación identificativa.

Además, podrá requerirse al empresario o empleador para que acredite que posee medios económicos y materiales suficientes para hacer frente a las obligaciones dimanantes de la relación laboral.

2. Ámbito objetivo

La futura relación laboral entre el empleador y el inmigrante irregular debe tener cierta proyección en el tiempo, si bien hay que establecer la siguiente distinción.

a) Trabajo a tiempo completo

Como regla general, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y del tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un periodo mínimo de seis meses, con excepción del sector agrario, en que el periodo será de tres meses. Se establece también la especialidad referida a los sectores de la

construcción y la hostelería donde el compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de seis meses podrá llevarse a cabo dentro de un periodo máximo de doce meses.

b) Trabajo a tiempo parcial.

En este caso, el periodo de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dicho contrato, de forma que la suma de las jornadas a realizar mediante los diferentes contratos a tiempo parcial, dentro del periodo de vigencia de la autorización, equivalga, al menos, al total de un contrato a tiempo completo por un periodo mínimo de seis meses.

c) Empleados de hogar

Estas prestaciones deberán abarcar un periodo mínimo de actividad de seis meses. Cuando se trate de servicios para un mismo empleador, deben serlo durante un tiempo igual o superior a 80 horas de trabajo efectivo al mes, e igual o inferior a 40 horas de trabajo efectivo a la semana, sin perjuicio de los tiempos de presencia a la semana a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes. Si se prestan servicios para más de un empleador, con carácter parcial o discontinuo, la duración no será inferior a 30 horas de trabajo efectivo a la semana, en cómputo global, realizadas durante al menos doce días al mes.

3. Ámbito procedimental.

Este proceso de regularización es de carácter preferente, lo cual supone el archivo de cualquier otra solicitud de residencia o de residencia y trabajo presentada con anterioridad para el mismo extranjero. Asimismo la concesión de la autorización determina el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización cuando el expediente o la orden de expulsión esté basada en las causas previstas en el artículo 53 a) y b) de la LOE (situación de irregularidad).

En cuanto a la legitimación para iniciar el proceso de normalización, como regla general es el empleador quien debe hacer la solicitud, salvo para el supuesto de empleados de hogar que trabajan en diferentes domicilios, en que serán los propios trabajadores los que estén legitimados.

Finalizado el proceso de normalización favorablemente, en el plazo de un mes debe producirse la afiliación y/o alta en la Seguridad Social. Cumplida esta condición, la autorización comenzará su período de vigencia que será de un año. Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición señalada, la autorización quedará sin efecto y se pedirá al empresario o al trabajador, en su caso, explicación de las razones por las cuales no se ha afiliado o dado de alta, haciéndole saber que, si las razones son insuficientes, podrán denegárseles posteriores solicitudes de autorización que presenten.

Durante el mes siguiente posterior a la entrada en vigor de la autorización, el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

La Disposición Adicional 1ª autoriza a los Ministerios competentes en la materia para dictar normas que desarrollen lo dispuesto en este Real Decreto, lo que ocurre con la ya mencionada Orden 140/2005, que desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de formalización.

Esta última regularización pretendió evitar situaciones ficticias de contratos de trabajo que fueron frecuentes en procesos anteriores de regularización y para ello exige que sea el empleador quien presente la solicitud y no el trabajador, excepto en el servicio doméstico por horas. Introdujo, además, otra novedad con esta misma finalidad, que consiste en que tras obtenerse la regularización en el plazo de un mes, el trabajador deber ser dado de alta y afiliado en la Seguridad Social; de lo contrario, esta quedaría sin efecto.

B) Regularizaciones normativizadas

1. El arraigo

El concepto de arraigo ha sido tratado por la jurisprudencia y hay que entenderlo como el vínculo que une al extranjero con España, ya sea de tipo familiar, social, laboral, académico o de otro tipo; vínculo que debe ser relevante para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y que determine la prevalencia del interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitada (Sala de lo Contencioso Administrativo del STSJ de Navarra, de 11 de abril de 2003).

En el nuevo Reglamento de extranjería se establece este tipo de normalización en el artículo 45.2 donde se regulan las autorizaciones de residencia por motivos de arraigo.

Distingue el legislador tres supuestos:

- a) Cuando el inmigrante haya trabajado durante cierto tiempo. Es el arraigo laboral.
- b) Cuando esté vinculado de alguna manera a la sociedad de acogida. Es el arraigo social.
- c) Cuando tiene vínculos familiares con otros extranjeros residentes en España. Es el arraigo familiar.

En este trabajo se incide en el arraigo laboral y el social, ambos vinculados a una relación laboral y que tienen como denominador común el hecho de que la solicitud del permiso se efectúa por parte del inmigrante -a diferencia de lo que ocurría con la regularización extraordinaria- quien, asimismo, no debe contar con antecedentes penales ni en España ni en su país de origen.

a. Arraigo laboral

Según el artículo 45.2 a) del Reglamento, por razón de arraigo laboral pueden obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

Respecto de los medios de prueba, señala el artículo 46.2 b) que “a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se diferencia, pues, de la normalización, en que en aquella se exigía una relación laboral de cara al futuro y aquí se exige, para la concesión de una autorización de residencia temporal, que el inmigrante haya trabajado irregular en el pasado, durante un año, y que dicha irregularidad pueda ser probada. Por consiguiente, en este supuesto, la regularización no surge del acuerdo entre empresario y trabajador, sino de la falta de acuerdo que se plasma en una sentencia judicial o en acta de infracción de la Inspección de Trabajo.

b. Arraigo social

Pueden acogerse a este tipo de concesión de autorización de residencia temporal los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y que cuenten con

un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud; contrato cuya duración no será inferior a un año. Deben cumplir, además, un tercer requisito consistente en acreditar vínculos familiares con otros extranjeros residentes o bien presentar un informe emitido por el ayuntamiento en que tenga su domicilio habitual, que acredite su inserción social. La exigencia de contar con un contrato de trabajo puede ser eximida si el ayuntamiento correspondiente así lo recomienda, siempre y cuando acredite que el inmigrante cuenta con medios de vida suficientes.

Con relación a los requisitos adicionales hay que señalar:

- a) En cuanto a la exigencia de vínculos familiares, estos se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.
- b) En el informe del ayuntamiento acreditativo de la inserción social, se deberá hacer constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuenta, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción de las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas y privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar el grado de arraigo.

Por consiguiente, en esta regularización por arraigo social, aunque el plazo de permanencia es de un año más que el anterior, sin embargo los términos en que está pensada están más en la línea de la regularización extraordinaria, esto es, la existencia de una relación laboral con proyección de futuro y unos requisitos personales adicionales. El hecho de que se den tantas prerrogativas a los ayuntamientos en orden a la inserción laboral podría motivar posibles diferencias de trato de los inmigrantes dependiendo del municipio en que se hallen.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha dicho anteriormente, desde el punto de vista de la protección de los derechos del trabajador sin autorización administrativa, ni en la última redacción dada a la Ley de Extranjería ni en su Reglamento de desarrollo se ha avanzado en relación a la ley anterior (L.O. 8/2000).

Sin embargo, puede reconocerse un esfuerzo del legislador en evitar las situaciones de irregularidad, facilitando con el proceso de regulariza-

ción, de una parte, que el numeroso grupo de trabajadores “irregulares” puedan legalizar su situación y, de otra, que no deriven en una situación de ilegalidad sobrevenida.

En cuanto al primer aspecto, dar facilidad para legalizar su situación, lo intenta conseguir con la regularización extraordinaria, ya finalizada, así como con el sistema de arraigo previsto en el artículo 45.2 de la ley.

En relación al segundo, evitar que deriven en trabajadores ilegales, la última reforma de la legislación flexibiliza los requisitos para renovar las autorizaciones y posibilita el tránsito de unas situaciones a otras.

De otra parte, el legislador intenta evitar esta irregularidad desde el inicio, mediante el reforzamiento de los controles fronterizos, coordinación de las Administraciones para evitar el fraude, exigencia de alta y afiliación en la Seguridad Social (en el plazo de un mes para que sea válida la autorización para trabajar), endurecimiento de las sanciones del empresario y del trabajador sin autorización, simplificación del expediente de regularización.

Así pues, la normativa vigente avanza de forma considerable en el sentido de intentar solucionar y evitar las situaciones de irregularidad, aunque el legislador no tenga predominantemente fines humanitarios en la línea de las Naciones Unidas (atajar la explotación laboral por parte del empleador, y subsiguiente privación de derechos laborales) sino que va orientado a solucionar problemas como la economía sumergida sin cotización a la Seguridad Social, que obstaculiza el desarrollo económico del país de destino, la delincuencia a la que les lleva la ilegalidad de su situación y la falta de trabajo, etc.

Pero de alguna forma, sea cual sea el objetivo de la ley, evitando las situaciones de irregularidad se evita la vulneración de los derechos de estos trabajadores que, inevitablemente, va unida a ella.

Finalizado el proceso de regularización el día 7 de mayo de 2005, supimos cuál es el número de inmigrantes legalizados pero no cuál es el número de inmigrantes que quedaron sin regularizar. Parece un problema sin solución, por lo que se necesitaría un nuevo proceso de regularización y así sucesivamente.

La solución, la eliminación de las situaciones de irregularidad y consiguiente explotación laboral de estos trabajadores, podría estar en reforzar los mecanismos ya previstos en la ley, para que los que no han llegado a España lo hagan con las autorizaciones pertinentes y siempre cuenten con un contrato de trabajo formal y, de otro lado, para regularizar a aquellos que no entren en España de forma legal, que siempre los habrá, potenciando el sistema de arraigo en la medida que sea compatible con la situación nacional de empleo y, como última medida, proceder a la expulsión de los que no se encuentren en ninguna de estas circunstancias.

Posiblemente, la mejor forma de luchar contra la inmigración irregular, la contratación de trabajadores extranjeros irregulares por una empresa, sería el reconocimiento y posibilidad de ejercicio de los derechos laborales de estos trabajadores, pues así, si no hay beneficio económico del empresario, conseguido a través de bajas remuneraciones, falta de cotizaciones, carencia de condiciones dignas en el lugar de trabajo, etc., se desalienta este tipo de relaciones laborales.

Por ello, la ley, siendo coherente con el objetivo de evitar la irregularidad, además de los mecanismos analizados, debería haber reconocido el ejercicio de todos los derechos laborales a estos trabajadores y, quizá, de esta forma se hubiera evitado la enorme avalancha de inmigrantes que han llegado a España tras la última “regularización”.

Dicha “regularización” consiguió su objetivo, reducir el número de trabajadores ilegales, pero hay quien se cuestiona si este proceso ha podido contribuir a incrementar la inmigración ilegal.

Parece que se han confirmado las previsiones de quienes afirmaban que “la regularización” produciría un “efecto llamada”. Sin embargo, entendemos que quizá, la falta de reconocimiento de derechos laborales podría ser el verdadero “efecto llamada”: los inmigrantes tienen constancia de que cuando llegan a nuestro país van a encontrar trabajo. Siempre habrá un empresario que, en aras de conseguir más ganancias, contrate a un trabajador “irregular”.

A ello podría objetarse, y de hecho se objeta, que esto generaría más inmigración pero entendemos que los inmigrantes no vienen a España a causa del reconocimiento de sus derechos laborales, que desconocen, sino impulsados por auténticas situaciones de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMOS VICTORIA, I., “*El reconocimiento del derecho a las prestaciones de Seguridad Social*”. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Tomo I, XII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santander 2001, págs.1273 a 1279.
- CEINOS SUÁREZ, A., “*¿Existe una política de integración comunitaria?*” *Derechos y Libertades de los extranjeros en España* .Tomo I, XII Congreso Nacional de l Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001, págs.163 a 181.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “*Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la L. O.8/00*”. Revista de Derecho social-RDS, nº 13, enero-marzo 2001, págs. 33 a 40.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “*La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la Ley Orgánica 4/200 y en su ley reformadora*”. Revista social mes a mes Nº 61, 2001, págs. 29 a 35.
- GÓMEZ CIRIANO, E. J., “*La invisibilidad de los inmigrantes irregulares en el nuevo marco normativo de extranjería*. Revista de inmigración y Derecho. Revista de la escuela judicial nº 41, 2002, págs. 219 a 229.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., “*El marco normativo internacional y comunitario de la ley orgánica 8/2000 de 22 de diciembre*. Revista social mes a mes nº 61, marzo 2001, págs. 1 a 7.
- MERCADER UGUINA, J. R., “*La protección social de los trabajadores extranjeros*”. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Tomo I. XII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santander 2001, págs. 1103 a 1215.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., “*Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*”. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica Granada 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R. “*Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*. Biblioteca de Práctica laboral. Revista la ley, 2003.
- POLO SÁNCHEZ, M .C., “*Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*”. Colección estudios, 1994, págs. 154 a 205.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “*El Derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Tomo I. XII Congreso Nacional del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Santander 2001, págs. 21 a 105.
- ROJO TORRECILLA, E., “*Trabajo y emigración: ¿viejas respuestas a nuevas realidades?*”, Encuadernado en “nuevos escenarios para el derecho del trabajo familia, inmigración y noción del trabajador”, 2001.
- SALINAS MOLINA, F., “*El Régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*”. Cuadernos de Derecho judicial, 2001.
- TARABINI -CASTELLANI AZNAR, M., “*Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de extranjería a propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002*. Revista actualidad laboral nº10, 2003, págs.157 a169.
- VALDUEZA BLANCO, M. D., “*Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000., sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social*”. Revista de Relaciones Laborales 2005, págs. 107 a 130.
- Dictamen del Consejo de Estado, de 16-12-04 sobre el Proyecto de Real Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/00 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Informe de 22 de septiembre de 2004 sobre los derechos humanos de los migrantes, presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, septiembre 2004.

- Guía de información sobre el proceso de normalización de los trabajadores extranjeros publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- Informe 2/2004 del Consejo Económico y Social., abril 2004.
- Resolución del Defensor del Pueblo de marzo de 2001 con motivo de la solicitud de un recurso de inconstitucionalidad de la LO.8/00.
- Comunicación de la Comisión al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre inmigración, integración y empleo. Bruselas, 2003.

IDENTIFICACIÓN GRÁFICA DE FINCAS REGISTRALES

Andrés Juez Pérez
Registrador de la Propiedad

RESUMEN

Se parte del concepto civil y registral de “finca” con objeto de deslindarlo del correspondiente concepto catastral, marcando sus diferencias. Con ello se aborda la cuestión de la identificación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad, desde un momento inicial en que no había asomo alguno de tal cuestión, pasando por la identificación a través de sistemas ajenos hasta llegar a la situación actual en que se permite tal identificación mediante medios y programas propios del Registro. Al mismo tiempo se explican los distintos mecanismos que los programas actuales permiten al efecto, con sus diferentes requisitos, procedimientos y efectos, además de la publicidad registral aneja. Sobre tal base se aboga por la extensión de los principios hipotecarios (en especial los de legitimación del art. 38 de la Ley Hipotecaria y de fe pública del art. 34 de la misma) no sólo a los pronunciamientos jurídicos, sino a los datos físicos que definen y delimitan las fincas y que dan soporte a los derechos reales.

1. FINCA REGISTRAL Y SU IDENTIFICACIÓN

No existe en las leyes civiles o hipotecarias definición alguna de finca. No obstante, en vista de lo dispuesto en los arts. 7 (“*la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio*”, “*finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio...*”) y 8 de la Ley Hipotecaria (que habla continuamente de dueño) y 44 de su Reglamento (que dice “*siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios pro indiviso*”) puede definirse en sentido usual la finca como un trozo de terreno continuo y cerrado por una línea poligonal que es considerado como una unidad por la voluntad de su propietario. En este mismo sentido, el preámbulo de la Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad entiende por finca, en sentido estricto, “*las superficies de suelo delimitadas poligonalmente cuya propiedad pertenece a una sola persona o a varias pro indiviso*”.

Es decir, el elemento clave para definir algo como finca es la voluntad de su dueño de considerar la porción de terreno independiente y separada de otras y no de circunstancia objetiva alguna.

A efectos registrales, dada la catalogación como finca de algunas situaciones especiales que no se acomodan exactamente a la definición civil o usual que acabamos de dar, sería finca todo lo que sea susceptible de abrir folio registral; en particular, y además de la finca “habitual”, las llamadas fincas especiales: fincas discontinuas (y dentro de ellas en particular las unidades orgánicas de explotación), elementos privativos en los regímenes de propiedad horizontal y concesiones administrativas.

Dejando de lado estas últimas por no tener soporte físico en la superficie de la Tierra (con independencia de las fincas en sentido material que pudieran estar afectas a ellas), los otros dos casos en realidad parten de la misma definición usual de la finca:

- En el de las fincas discontinuas, porque están formadas por varias fincas “normales”, más o menos próximas entre sí –incluso separadas simplemente por algún accidente geográfico como un camino, arroyo, etc.- que son consideradas en su integridad por la voluntad del dueño, con más o menos base objetiva.
- Y en el de los elementos privativos en división horizontal, porque de un lado, cada uno de ellos sí forma un perímetro tridimensional cerrado (o varios, si se consideran los anejos inseparables) y separado de los demás, y de otro porque el edificio o conjunto de que forman parte sí se ajusta a la definición usual de finca y el hecho de permitir el funcionamiento separado de cada piso o local se debe a razones de conveniencia social y de dar una determinada solución a una forma particular de comunidad.

Por ello, en sentido registral lato también se podría hablar de finca como uno o varios trozos de terreno contiguos o no y cerrados por una línea poligonal y que son considerados como una unidad por la voluntad de su propietario o propietarios y que es susceptible de abrir folio.

Esto sentado, hasta tiempos recientes las fincas se han identificado de manera literaria, no gráfica. Así, los arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento exigen como uno de los elementos que ha de contener toda inscripción, la descripción de la finca: *“la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles ... y su medida superficial, nombre y número si constaren ...”*.

“La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, el nombre con las que de su clase sean conocidas en la localidad, y en aquéllas, si se dedican a cultivo de secano o de regadío y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y a otro”.

“La situación de las fincas rústicas se determinará expresando el término municipal, pago o partido con que sea conocido el lugar en que se hallaren; sus linderos por los cuatro puntos cardinales; la naturaleza de las fincas colindantes; y cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca ... En los supuestos legalmente exigibles se hará constar la referencia catastral del inmueble”.

“La situación de las fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y el pueblo en que se hallaren; el nombre de la calle o sitio; el número si lo tuvieren, y los que hayan tenido antes; sus linderos por la izquierda (entrando), derecha y fondo; la referencia catastral en los supuestos legalmente exigibles; y cualquier otra circunstancia que sirva para distinguir de otra la finca inscrita”.

“La medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal”.

“La descripción de las fincas rústicas y urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial”.

Esta descripción literaria de las fincas se hacía, además, por la simple manifestación de los interesados, sin acreditación alguna de su veracidad ni contraste con datos externos. De ahí que fuera posible que, bien por error, bien por interés en falsear hechos o bien por desidia de los dueños, la descripción de las fincas podía no corresponderse con la realidad, en particular en lo relativo a su extensión superficial, la identificación del lugar de su situación o la falta de declaración de construcciones o mejoras. Y de ahí que fueran posibles determinadas situaciones patológicas del Registro, inevitables por los medios descriptivos empleados:

- Existencia de excesos de cabida (arts. 200 LH, 298.3 RH y 53.8 de la Ley 13/1996).
- Cambios en la calificación de los suelos en que una finca, rústica hasta un determinado momento, pasa a ser urbana por recalificación urbanística, sin que ese cambio se refleje oportunamente en la descripción registral, y cambios en la denominación de la vía pública, dado el incumplimiento sistemático por los Ayuntamientos de lo previsto en el art. 437 RH. Por tal motivo, posibilidad de dobles inmatriculaciones de las fincas (art. 313 RH).

- Inscripción de las fincas en los libros de un municipio distinto de aquél en que realmente se encuentran (art. 3 RH).

A partir de la Ley 13/1996 se quieren evitar para lo sucesivo tales situaciones con una doble exigencia:

- Para inmatricular fincas será imprescindible aportar una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con su descripción en el título (arts. 53.7 de dicha Ley y 298.1 RH).
- Es obligatoria [su incumplimiento se califica como infracción tributaria leve, sancionable con multa pecuniaria fija de 150 en el art. 202 LGT] la aportación de la referencia catastral de las fincas para su constancia registral (en un primer momento sólo para las urbanas, actualmente para todas), en la forma que más adelante veremos, con lo que indirectamente se pretende la descripción de las fincas por remisión a su situación catastral.

Ambos requisitos nos llevan a los dos apartados siguientes.

2. PARCELA CATASTRAL. DISTINCIÓN CON FINCA REGISTRAL

El art. 6.1 del TR de la Ley del Catastro señala que *“a los exclusivos efectos catastrales, tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble”*. También considera como inmueble a efectos catastrales los elementos privativos de la propiedad horizontal y algunas unidades económicas y conjuntos de bienes (presas, autopistas, aeropuertos, puertos, instalaciones energéticas, etc.).

Esta definición de finca catastral (en lo sucesivo hablaré de finca para referirme a la registral y parcela para la catastral) tiene en común con la que hemos dado antes la de partir de una porción de suelo cerrada por una línea poligonal, que sirve para delimitar el ámbito espacial del dominio. Pero se aparta de ella en lo siguiente:

- Ha de tratarse de “suelo de una misma naturaleza”, es decir, rústico o urbano. Por tanto, puede suceder que lo que es una finca en el sen-

tido civil, usual y registral de la expresión constituya dos parcelas catastrales distintas, cuando parte de su superficie está calificada de urbana o urbanizable y otra parte de rústica o no urbanizable.

- En segundo lugar, ha de estar enclavada en un mismo término municipal. Por el contrario, las fincas registrales pueden estar situadas en dos o más términos, de tal manera que la inscripción que se practique en cada uno de ellos recoja la descripción del conjunto y la particular de la porción de cada municipio, con las oportunas referencias que relacionen las distintas inscripciones (art. 2 RH).
- En tercer término, ha de estar “cerrada por una línea poligonal” que la delimite. Con la excepción de las parcelas especiales que prevé en el art. 8 y a que antes hemos hecho referencia (puertos, aeropuertos, presas, etc.) la regla general es que si una finca está dividida por algún accidente (camino, arroyo, etc.) constituye dos o más parcelas catastrales, cada una con su referencia propia, a diferencia de las fincas registrales, en que –además del caso de las unidades de explotación- se permite la unicidad de finca a pesar de estar materialmente divididas, pero contiguas (Res. DGRN de 20 de enero de 2006).
- Por último, aunque sí hace referencia a que sirva de delimitación del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso, añade que ello es “cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble”, por lo que no deja de prescindir de la situación jurídica de titularidad para la definición de la parcela.

Estos conceptos distintos de la finca a efectos registrales y catastrales obedecen a la distinta finalidad de las dos instituciones:

- El Registro de la Propiedad tiene por objeto (art. 1 LH) “la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”, a fin de dar la publicidad formal (art. 221 LH) y material que dé seguridad a las transacciones inmobiliarias, a través de los principios de legitimación (art. 38 LH) y fe pública (art. 34 id.). Se trata de un Registro con efectos sustantivos y eficacia frente a terceros.
- El Catastro, por el contrario, es “un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles” (art. 1 TR Ley Catastral), cuya “información ... estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las Administraciones públicas, los juz-

gados y tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias”. Por ello, lo dispuesto en su normativa “se entenderá sin perjuicio de las competencias y funciones del Registro de la Propiedad y de los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los inmuebles en dicho registro” (art. 2 id.). Es decir, se trata de un registro de eficacia fundamentalmente interna administrativa, con objeto de proporcionar información fiscal sobre la atribución tributaria de los inmuebles, de manera inmediata para la gestión del IBI, y de modo indirecto respecto de otros impuestos (IRPF, ITP, IS, ISD).

La diferencia entre ambas instituciones y sus finalidades determinan que conceptualmente la finca registral y la parcela catastral sean también distintas: pueden referirse a la misma realidad física, el mismo trozo de terreno, o no, de tal modo que una finca registral coincida exactamente con una parcela catastral (la situación más habitual, por otro lado), o que sea sólo parte de ella, o que comprenda dos o más parcelas catastrales o partes de ellas. La falta de coincidencia, por tanto, no supone irregularidad alguna ni contraviene ninguna norma jurídica. De hecho, la única necesidad legal de coincidencia se da en el momento inicial de inmatriculación del inmueble en el Registro, en que se configura como requisito imprescindible la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en que se recoja la finca a inmatricular de manera idéntica a la que resulte del título y que recogerá la inscripción, de modo que la falta de coincidencia constituye defecto que impide la inscripción. Pero fuera de este momento inicial, la situación posterior puede ser divergente y deje de haber identidad entre finca registral y parcela catastral: divisiones o agregaciones de fincas que son recogidas en una de las instituciones pero no en la otra, o que lo son con retraso una respecto de la otra; y, desde luego, las fincas ya inscritas (en que la exigencia de concordancia inicial no se da) no tienen que coincidir con las catastrales por las razones ya expuestas.

Es más, incluso en el momento inicial de acceso primero de las fincas al Registro puede no haber tal coincidencia: por ejemplo, las reparcelaciones urbanísticas (o la reorganización de la propiedad derivada de la concentración parcelaria) suelen tener acceso al Registro antes que al Catastro, sin que en tal caso se exija la previa identidad catastral. O cuando, a fin de agilizar el tráfico inmobiliario, se permite la inmatriculación de fincas que constituyen parte de una catastral con la aportación de certificado de la matriz unido a la justificación de petición de alta de la nueva. O cuando la finca registral está compuesta de varias catastrales (p.e., si tiene una parte urbana y otra rústica).

Por esta razón, la identificación gráfica de las fincas registrales no tiene que basarse siempre y necesariamente en el parcelario catastral, como pasamos a ver a continuación.

3. IDENTIFICACIÓN GRÁFICA DE FINCAS: ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

Como he dicho anteriormente y hasta tiempos recientes, la descripción de las fincas en el Registro ha sido “literaria” y por la sola manifestación de los interesados, con los problemas que tal situación genera y a los que también he hecho referencia.

El primer intento organizado de conseguir una identificación gráfica, objetiva y externa se dio con la concentración parcelaria, de tal forma que el Decreto que aprueba el TR de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, impuso una doble exigencia:

- Por un lado, la aportación al Registro por el antiguo IRYDA de planos de las fincas resultantes del proceso de concentración. Copia de los mismos debía, además, proporcionarse a cada una de las actas parciales que se entregaban a los propietarios, los cuales debían “desgraparlas” de sus títulos para añadirlas a los nuevos que otorgaran.
- La necesidad de que cualquier alteración (física o jurídica) en las fincas concentradas fuera necesaria y obligatoriamente inscrita en el Registro de la Propiedad, requisito “sine qua non” para su constancia posterior en el Catastro [exigencia hoy derogada por la Ley del Catastro].

Esta tendencia, no obstante, quedaba limitada a las fincas resultantes de la concentración parcelaria. Por ello y para extenderlo a todo tipo de fincas, urbanas y rústicas, concentradas o no, se dictó el RD de 3 de mayo de 1980 con objeto de coordinar el Registro y el Catastro mediante un mecanismo consistente en la atribución a las fincas registrales de las correspondientes referencias catastrales a través de la incorporación a los títulos inscribibles de las cédulas catastrales de las fincas.

Tal RD, sin embargo y a pesar de seguir formalmente en vigor, se encuentra sin aplicación real, debido a las razones siguientes:

- Se implantó de forma experimental y como primer paso sólo en determinados municipios con un Catastro suficientemente actualizado y en grado suficiente de conservación. Aunque la relación de ayuntamientos se incrementó posteriormente, sólo se refiere a una mínima parte del territorio nacional.

- En los municipios en que se implantó, además, dejó de proporcionarse la actualización de la información: el Catastro no proporcionaba la base física y el Registro no la reclamaba. A la inversa, tampoco se enviaba ni se reclamaba la relación de actualizaciones en las titularidades jurídicas.
- Por último, cuando se enviaba tal información, era en formato papel, con las dificultades consiguientes para la marcación de las fincas y en especial de sus modificaciones y la incorporación de datos a las bases catastrales.

En realidad, y además de la desidia institucional y del carácter experimental con que se intentó implantar esta forma de identificación gráfica de las fincas registrales, lo cierto es que el intento estaba abocado al fracaso de antemano por una consideración errónea de base, a saber, que la finca registral coincidía necesaria y obligatoriamente con la parcela catastral, cuando, como hemos visto, no es así, ni conceptualmente ni en la práctica [sin dejar de reconocer que en la mayor parte de los casos sí coinciden].

En la actualidad, la identificación gráfica de las fincas se desarrolla en una doble dirección:

- Por un lado y de modo indirecto, la necesidad de que los títulos inscribibles (casi en su totalidad) deben consignar las referencias catastral de los inmuebles a que se refieren, so pena de incurrir en infracción tributaria, y la correspondiente obligación de que los asientos que se practiquen recojan, como uno más de los datos identificativos de las fincas, tal referencia¹.
- De otro, la identificación gráfica directa, con aportación por los interesados de los datos necesarios (“incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente”) que la hagan factible.

En ambos casos, si bien se parte de identificar las fincas registrales en función de las parcelas catastrales al tomar como base gráfica primera la catastral, lo cierto es que ya no impone por necesidad el funcionamiento “en paralelo” de ambas.

El primer supuesto citado (identificación indirecta a través de la referencia catastral) tuvo su impulso definitivo con la Ley 13/1996 (hoy refundida en su mayor parte y en lo relativo a esta materia en la Ley Catastral). La misma impuso la obligación de que casi todos los documen-

tos inscribibles en el Registro de la Propiedad señalasen la referencia catastral de las fincas y se hicieran constar en el Registro como uno de sus datos descriptivos, “siempre que ... conste de forma indubitada dicha referencia”, la cual se acreditará mediante certificación catastral, escritura pública o información registral o el último recibo del pago del IBI.

Es decir, los interesados deben aportar uno de esos cuatro documentos para acreditar la referencia y que de los mismos resulte la identidad de la finca de manera indubitada. Lo cual ocurrirá cuando los datos de situación, denominación y superficie (si consta esta última) coincidan con los del Registro de la Propiedad o si, existiendo diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos². En todo caso es preciso que el Registrador no abrigue dudas en cuanto a la identidad, a pesar de la coincidencia en los datos reseñados.

En este caso de identificación indirecta a través de la referencia catastral, no hay en el Registro medios propios que posibiliten la consulta o llevar a cabo en él las modificaciones que puedan experimentar las fincas, sino que es preciso acudir a datos y bases gráficas externas y ajenas. Además de estos dos problemas que acarrea la falta de inmediatez, tampoco se garantiza la identificación gráfica de la finca en los casos de falta de coincidencia. De hecho, las comunicaciones que mensualmente deben efectuarse al Catastro permiten una quintuple opción en cuanto a la incorporación de la referencia (y, por tanto, en cuanto a la identificación de la finca por este medio indirecto):

- 1.- incorporación de la referencia sin problemas.
- 2.- incorporación de la misma con dudas.
- 3.- no incorporación por falta de coincidencia (o de acreditación de la misma)
- 4.- no incorporación de la referencia, porque la aportada se corresponde con una finca de la que procede por división, segregación, etc.
- 5.- falta de acreditación de la referencia.

Por tanto, sólo en los dos primeros casos nos encontramos con identificación gráfica de la finca a través de la referencia catastral, no en los tres últimos. Y aun en los dos primeros puede ocurrir que, al justificarse la referencia por un medio no gráfico (recibo del IBI, p.e.) no haya verdadera coincidencia, al no constar la superficie o los linderos.

Es decir, este medio indirecto, si bien es mejor que nada, no resuelve el problema de la identificación de una manera satisfactoria y adecuada.

Por ello, el sistema deseable es la identificación gráfica directa de las fincas sobre las bases cartográficas que existan en el mismo Registro. Por este medio se permite la comprobación inmediata de linderos, perímetros y superficies (lo que no ocurre a través de la simple aportación de la referencia catastral), así como llevar a cabo los cambios en su configuración física en el mismo Registro de un modo dinámico. Este método ha sido el que tradicionalmente se ha pretendido implantar, puesto que la legislación de montes, del suelo, de costas o de reforma agraria han venido exigiendo la incorporación a los títulos inscribibles de planimetría adecuada y suficiente de las fincas, que habría de quedar archivada en el mismo Registro; y ha sido también el utilizado (sin gran éxito en la práctica) por el RD de 3 de mayo de 1980, con la aportación de la cédula catastral de la finca con ocasión de las operaciones registrales.

A pesar de sus ventajas, ha chocado con un problema de fondo: la identificación gráfica se efectuaba por aportación con el título de la base gráfica en papel, lo cual llevaba consigo que dejaba de existir identificación si no se aportaba por los interesados tal base gráfica y que, aun existiendo en el Registro, era difícil –cuando no imposible– dejar constancia de los cambios efectuados en la configuración de los inmuebles.

De ahí la necesidad de dar un paso adicional, lo que se efectuó con el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, al prever la existencia en el mismo Registro de programas y bases gráficas propios, proporcionados por el Colegio de Registradores en colaboración con diferentes instituciones –y, entre ellas, el Catastro– sobre las cuales se efectuaría la identificación de los inmuebles siempre que por el interesado se proporcionase base suficiente al efecto. Ahora bien, el precepto básico que permitía este desarrollo (los apartados 4 y siguientes del art. 51, regla 4ª del RH, tal y como los redactó tal RD) fue anulado por STS de 31/01/2001, al entender que, por falta de una suficiente base legal, no era un reglamento la vía adecuada para cambiar la tradicional descripción literaria de las fincas.

De ahí que, poco más adelante, y con algún pequeño cambio de matiz, se reintrodujera, ya en norma con rango legal, la posibilidad de identificación gráfica inmobiliaria mediante la reforma del art. 9.1ª LH³ a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que constituye hoy día el fundamento legal para implantar la identificación gráfica de las fincas registrales, al que dan desarrollo fundamentalmente la Instrucción de 2 de marzo de 2000 y los preceptos no anulados del RH introducidos por el RD1867/1998 –en especial los arts. 398.b), 398.d) y 398.e)⁴–, sin perjuicio de la normativa sectorial que obliga a la identificación gráfica (en materia urbanística⁵, agraria⁶, montes⁷ o costas⁸).

En este marco legal, ha supuesto un impulso definitivo la creación, desarrollo y distribución por el Colegio de Registradores del programa “Geobase”, que incorpora una base gráfica triple (el parcelario catastral, una ortofoto de la zona –generalmente del SIG oleícola, aunque no siempre ni necesariamente- y el mapa topográfico del IGN, en escala 1:25.000 ó 1:50.000) y una programa de CAD para la creación y edición de superficies topográficas, a través del cual marcar las fincas registrales. Tiene, además, la posibilidad de añadir bases gráficas adicionales (por ejemplo, medioambientales, urbanísticas, fiscales, etc.) que proporcionen ulterior información, así como su conexión directa con la información puramente registral de índole jurídica, respecto de los derechos y cargas recayentes sobre las fincas.

4. DISTINCIÓN ENTRE LOCALIZACIÓN, IDENTIFICACIÓN Y VALIDACIÓN DE FINCAS

Ciñéndonos a la identificación directa sobre bases propias, podemos distinguir tres estadios diferentes en el proceso: localización, identificación en sentido estricto y validación.

La primera (localización) implica simplemente la marcación dentro de las bases gráficas de un espacio perimetral que delimite lo que parece ser la finca registral, pero sin que haya una identificación firme, segura ni definitiva. Puede efectuarse de oficio por el Registrador, o bien por la realización de alguna operación registral.

Tiene lugar cuando hay coincidencia de alguno de los datos de localización (p.e., calle y número o constituir una esquina) pero no cuadra la superficie que resulta de las bases gráficas con la registral: así, se precisa que el área no discrepe en más o menos de un 10% de la inscrita. O también cuando el interesado identifica la finca como constituyente de parte de una parcela catastral, sin indicación adicional, o cuando es la resultante de la segregación de otra finca, sin que se señale de manera precisa su perímetro y situación. En estos casos, se marca de manera provisional o transitoria la finca por no poderse efectuar una identificación legal precisa, hasta que ésta pueda tener lugar. Aunque no produce efecto jurídico como tal, sí constituye un elemento de juicio en el funcionamiento interno de la oficina para la identificación de otras fincas e impide la doble inmatriculación.

La segunda (identificación en sentido estricto) implica un paso más allá: la finca está perfectamente identificada, con coincidencia de super-

ficie, localización y perímetro, pero no ha habido una operación registral específica que le dé cobertura legal o, en otro caso, el interesado no ha proporcionado base gráfica que la habilite. Es el caso de identificación de oficio por el Registrador, con objeto de “llenar el puzzle” de las bases gráficas, sin que tenga lugar con ocasión de asiento registral alguno, o cuando, aun habiendo éste, el interesado no ha “incorporado al título inscribible una base gráfica o la definición topográfica de la finca con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente”, como dice el art. 9 LH.

Si, a pesar de estas faltas (de operación registral específica o de base gráfica proporcionada por el interesado), se puede localizar de manera plena e indubitada la finca, nos encontramos con lo que he llamado identificación en sentido estricto.

La última (validación) implica la anterior (hay localización plena e indubitada) pero, además, la misma se lleva a cabo con un doble requisito:

- el interesado proporciona con el documento inscribible una base gráfica (de manera directa, con plano, o indirecta, a través de la referencia catastral). Hay, por tanto, una petición de parte (aun de manera no premeditada) para la validación.
- Y la finca así señalada queda plenamente identificada en las bases registrales.

Además de la “marcación gráfica” que la validación implica, se practica una operación pura y típicamente registral: la extensión de una nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca identificada, que acredita con todos los efectos de la publicidad registral la validación efectuada.

5. REQUISITOS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

Lo que he llamado localización no implica formalidad ni requisito especial alguno. Puede efectuarse por el Registro de oficio, ya sea de manera sistemática o no, o a petición del interesado con ocasión de alguna operación registral y no entraña consecuencia legal específica. Simplemente implica la marcación y reserva con carácter provisional de un espacio que aparentemente puede corresponderse como propio de una finca, sin que por falta de identidad suficiente (en especial, la falta

de concordancia con parcela catastral o la no coincidencia de superficie) esa marcación pueda entenderse firme o definitiva.

La identificación en sentido estricto se diferencia de la anterior en dos notas:

- Sí hay coincidencia plena entre la marcación gráfica efectuada y la finca registral a que se refiere (en cuanto a la superficie, con el margen de error del 10%⁹).
- Pero no se ha producido en el marco de un procedimiento registral específico, por cuanto la identificación de la finca no ha tenido lugar en base a un documento inscribible y que contenga base gráfica adecuada; es decir, o bien no ha habido documento presentado a Registro que dé pie a la identificación, o, si lo ha habido, el mismo no contiene la base gráfica a que se refiere el art. 9 LH.

La validación, por último, exige la concurrencia de ambos requisitos:

- Identidad plena de la finca.
- Y que tenga lugar al practicarse algún asiento registral en función de la presentación, calificación y despacho de un documento que contenga base gráfica suficiente.

Por lo dicho, la localización simple no implica requisito especial alguno, mas que la creencia de que el espacio marcado se puede corresponder con una finca registral, aun cuando lo sea con dudas o sin certidumbre plena. Y tampoco tiene un procedimiento específico para llevarse a cabo; de hecho, se puede producir:

- como consecuencia de la información que el Registro facilita,
- o al tiempo de la calificación e inscripción de algún documento (cuando no hay la convicción suficiente en la identidad de la finca, pues en caso contrario habría validación),
- o por revisión -sistemática o no- de los archivos registrales con el objeto de ir “completando los huecos del puzzle territorial”.

No tiene efecto legal propio, pero facilita la mecánica futura de la oficina al tiempo de identificación de otras fincas relacionadas o con objeto de impedir la doble inmatriculación (al generar dudas acerca de la identidad de la finca que se pretende inmatricular con otra ya inscrita). Facilita, igualmente, la identificación plena de la finca cuando se lleve a cabo en el futuro su validación por concurrir los requisitos necesarios para ello.

La identificación en sentido estricto exige la total coincidencia (con el límite del 10% de la superficie) de la finca con el espacio marcado, pero se lleva a cabo fuera del procedimiento registral:

- bien al tiempo de la calificación e inscripción de algún documento, cuando el mismo no contiene base gráfica que dé pie a la validación, pero se permita su identificación suficiente,
- o bien, cuando se realiza fuera de la mecánica ordinaria del procedimiento registral. P.e., en una revisión de índices, en las búsquedas llevadas a cabo con ocasión de las inmatriculaciones o de la identificación de fincas relacionadas.

Además de los efectos propios de la localización, tiene el de facilitar en el futuro, sin más trámite, la validación de la finca cuando haya de darse lugar a ella.

Por último, la validación requiere que se lleve a cabo con ocasión de un procedimiento registral, ya lo sea general o específico para tal fin.

- a) En el procedimiento general tiene lugar cuando se presenta para su calificación y despacho un documento inscribible que contiene una modificación jurídico-real. Tal documento debe contener o a él debe acompañarse base gráfica suficiente de la finca.

Dentro de su calificación y como una operación más, se lleva a cabo la identificación de la finca o fincas a que se refiere, siempre que no existan dudas al efecto, conforme al primer inciso del art. 9.1ª LH [“Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente”].

Para ello es preciso que el título incorpore “base gráfica o definición topográfica”. Tales expresiones las entiendo en el sentido de que el interesado proporcione suficientes elementos gráficos o topográficos que permitan la identificación de la finca, distintos de la descripción literaria habitual.

Entre ellos, el más frecuente será la reseña de la referencia catastral, en que por su definición legal se está llevando a cabo de manera indirecta la identificación espacial de un terreno; aun en el caso de que la misma no sea objeto de prueba específica (con aportación, p.e., del recibo del IBI) su confrontación con las bases gráficas registrales permite su identificación plena si es el caso.

Debe tenerse en cuenta que uno de los medios de acreditación de la referencia catastral es su previa constancia registral. Por ello, si de alguna inscripción anterior ya resultaba tal referencia, no será precisa su reseña o acreditación en modo alguno en el título inscribible para la perfecta validación de la finca.

Además de la referencia catastral, también se entiende aportada base gráfica cuando exista “definición topográfica en proyecto expedido por técnico competente”. Los casos más frecuentes serán los supuestos de alteraciones urbanísticas, deslindes de montes o costas o excesos de cabida, en que necesariamente deben aportarse tales planos oficiales o periciales, aun cuando no sean catastrales.

Si la identificación se logra, además del asiento registral de inscripción, anotación o cancelación que se practique, se extenderá al margen de la última inscripción de dominio de la finca nota acreditativa de la validación oficial y se archivará en el Registro uno de los ejemplares de la base gráfica aportada (si se aporta en ejemplar único y no por duplicado, sin perjuicio de entenderlo como defecto subsanable, entiendo factible realizar el duplicado en el Registro y estampar en él nota de conformidad con el original aportado), en el cual se hará constar referencia suficiente a la finca.

- b) Pero se prevé también un procedimiento específico para tal fin en el inciso segundo del art. 9.1ª LH y en la Instrucción de 2 de marzo de 2000, consistente en la petición del interesado (el titular registral) acompañada de la suficiente base gráfica (en el sentido que hemos visto antes) y tendente únicamente a la identificación gráfica de la finca y su correlativa constancia registral.

A tal efecto, la Ley Hipotecaria dice que “podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica”. La Instrucción, sin embargo, se limita a señalar que podrá llevarse a cabo “como acto específico, mediante instancia por duplicado dirigida al Registrador de la

Propiedad por el titular registral, o acta notarial, a la que se acompañe, en ambos casos, la representación gráfica de la finca sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro, de forma que permita su incorporación a la base cartográfica”. Es decir, frente a la exigencia única de acta notarial, permite la petición mediante “instancia por duplicado”.

Este segundo método, aun cuando no esté citado específicamente por la Ley, entiendo que tiene cobertura en la normativa hipotecaria que permite la rectificación de defectos subsanables mediante instancia¹⁰ suscrita por el interesado, por considerar que la falta de identificación gráfica podría encuadrarse perfectamente como un caso de “defectuosa” descripción de la finca, siempre que para ello la firma del peticionario (necesariamente el titular registral o uno de ellos en caso de ser varios) esté legitimada, bien notarialmente, bien por comparecencia ante el mismo Registrador, tal y como se prevé en el art. 103 LH ó 166.11^a RH¹¹. En puridad, el acta notarial no añade beneficio alguno sobre la simple instancia, por lo que no se entiende razón suficiente para la excepción de la regla general de rectificación mediante instancia, máxime cuando la identificación gráfica no consiste en negocio jurídico alguno que deba revestir necesariamente la forma notarial para su acceso al Registro.

En un caso o en otro, se deberá acompañar la suficiente base gráfica, llevar a cabo su calificación registral y que no existan dudas en la identificación de la finca. Con tales requisitos, se validará la finca informáticamente en las bases gráficas, se extenderá la oportuna nota marginal y se archivará un duplicado del plano en el Registro, con la consiguiente nota de referencia.

Cuando la finca ha sido plenamente identificada y validada y así se ha hecho constar en las bases gráficas y en los asientos registrales, resulta oficialmente su localización en cuanto a situación, superficie y perímetro, es decir, todos los elementos físicos sobre los que se desenvuelve el dominio (y, por extensión, los demás derechos reales sobre inmuebles). Por ello, entiendo que la presunción legal de exactitud del Registro que contienen los arts. 38 (principio de legitimación, eficaz frente a cualquiera) y 34 (principio de fe pública, aplicable en beneficio de los terceros hipotecarios) han de desplegar sus efectos con plenitud, no sólo respecto a la extensión jurídica del derecho, sino también en el plano puramente físico, superando la opinión habitual en doctrina y jurisprudencia que, por la falta de seguridad suficiente en la base física registral de las fincas, se limitaban los efectos hipotecarios del sistema a la definición de los derechos.

En este sentido y en el marco del RD de 3 de mayo de 1980, su norma 9ª dispuso: “A) *La coordinación de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con el catastro topográfico parcelario implicara la conformidad de la administración con los datos descriptivos de la misma contenida en el folio registral. En consecuencia, los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas deberán tomar como base de la actuación de que se trate los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas.* B) *No obstante lo dispuesto en el número anterior, a efectos civiles serán los tribunales de la jurisdicción ordinaria los únicos competentes para conocer y decidir sobre cuantas cuestiones litigiosas se refieran a la identidad y circunstancias físicas de las fincas.*

C) *Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, cuando en los asientos del Registro conste la coordinación de una finca con el catastro topográfico parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física.*

Entiendo que los mismos efectos, como mínimo, han de predicarse de las fincas que hayan quedado plenamente validadas en las bases gráficas del Registro de la Propiedad, puesto que la identificación gráfica del inmueble se ha conseguido por medios externos a la voluntad de los interesados y con carácter objetivo, previa calificación registral de su corrección, lo que garantiza su realidad y, por tanto, la plena vigencia de la presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria. Además de ello, cuando la finca registral coincide con la parcela catastral y así se ha hecho constar en los libros oficiales, entra en juego la presunción del art. 3 de la Ley Catastral¹², que ha de dar necesariamente pie a la aplicación de las presunciones hipotecarias de exactitud en que consisten los principios de legitimación del art. 38 dicho [aplicable salvo prueba en contrario] y de fe pública del art. 34. De hecho estos dos preceptos no hacen distinción alguna en cuanto a su ámbito de aplicación, esto es, si se limitan a los datos de hecho o a los jurídicos y en concreto el primero señala que “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”, y los derechos reales se caracterizan por definición por recaer sobre cosas, por lo que no se ve obstáculo en entender comprendida la presunción también a la realidad física de la finca sobre la que recae el derecho real. Los mismos razonamientos son extrapolables a la protección al tercero hipotecario del art. 34.

En realidad, la limitación de la protección legal a los datos jurídicos de la titularidad, y no a la finca en sí, como realidad material, obedecen

a criterios doctrinales y jurisprudenciales basados en la falta de una base externa y objetiva del Registro de la Propiedad, de la que ha carecido hasta tiempos recientes y que precisamente la mecánica de la identificación gráfica de los inmuebles ha venido a suplir de manera plena en la forma que hasta ahora hemos visto.

Por último, la falta de identificación gráfica de las fincas registrales no será en ningún caso por sí sola defecto que impida la inscripción en el Registro de la Propiedad (norma tercera, punto 2 de la Instrucción de 2 de marzo de 2000, como también resulta del art. 44.3 de la Ley Catastral).

6. PUBLICIDAD REGISTRAL DE FINCAS CON IDENTIFICACIÓN GRÁFICA

Pueden distinguirse dos casos: identificación de la zona de situación de la finca e identificación de la misma finca.

El punto quinto de la Instrucción de 2 de marzo de 2000 contempla el primer caso: “1. En todos aquellos municipios en los que exista incorporada al Registro de la Propiedad la base gráfica de las fincas, se adjuntará a las notas simples informativas o certificaciones que se expidan, la representación gráfica correspondiente a la zona donde se encuentre situada la finca de que se trate. 2. Cuando dicha zona no pueda determinarse por los datos descriptivos de la finca, deberá ser identificada por el propio solicitante de la información. La representación gráfica así obtenida será el soporte necesario para que los interesados en cualquier negocio jurídico sobre la finca representada puedan realizar las manifestaciones que correspondan sobre la identificación de la misma, debiendo el Notario autorizante recoger dichas manifestaciones en el contenido de la escritura que autorice. 3. Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable tanto a las solicitudes de información realizadas por los Notarios, en los supuestos que contempla la letra a) del artículo 354 del Reglamento Hipotecario, como a las realizadas por las autoridades judiciales o administrativas y los particulares”.

Por supuesto, si lo que está identificada es la misma finca de que se pide información, y dado que el Registrador también podrá certificar de los documentos que obren en su archivo¹³, con mayor razón la nota simple o certificación que se expida deberá incorporar, como una certificación en anexo, la información gráfica suficiente.

NOTAS:

¹ *Art. 38 TR Ley del Catastro*: “La referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y derechos reales ... relativos a los bienes inmuebles. Asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos”. *Art. 39 id.*: “No será preciso hacer constar la referencia catastral en: a) los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía ... d) las anotaciones que deban practicarse en el Registro de la Propiedad en cumplimiento y ejecución de una resolución judicial o una resolución administrativa dictada en procedimiento de apremio”.

² Arts. 45 TR Ley del Catastro y 53.5 Ley 13/1996 e Instrucción de 2 de marzo de 2000.

³ *Art. 9.1ª*: “Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica. Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente”.

⁴ · *Art. 398.b)*: “1.- Los Registros de la Propiedad utilizarán como base gráfica para la identificación de las fincas la Cartografía Catastral Oficial del *Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria* [hoy Dirección General del Catastro] en soporte papel o digitalizado”.

2.- La indicación de la situación de la finca en el plano matriz se hará constar en el índice de fincas. Se utilizarán como identificadores a estos efectos la referencia catastral de la parcela, en fincas urbanas, o la referencia parcelaria y coordinada UTM, en fincas rústicas.

3.- La implantación de las bases gráficas se realizará de manera progresiva conforme al plan de actuación que fije la DGRN en coordinación con el *Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria* [hoy Dirección General del Catastro] “.

· *Art. 398.d)*: “Los programas informáticos precisos para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores deberán ser uniformes para todos los Registros de la Propiedad. La elaboración y suministro de dichos programas correrá a cargo del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Los programas deberán ser aprobados por la DGRN”.

· *Art. 398.e)*: “1.- El coste y financiación de las medidas previstas en los artículos anteriores se considerarán como gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros en los términos previstos en el art. 294 LH.

2.- Los Registradores estarán obligados a contribuir, conforme al criterio de proporcionalidad, a los gastos generales y comunes que ocasionen las medidas previstas en los arts. anteriores y el sostenimiento del servicio general”.

⁵ De la ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, su art. 39.2: dispone que "dicho título [de expropiación urbanística], además de la descripción conforme a la legislación hipotecaria, incorporará la oportuna referencia catastral e identificará la nueva finca mediante un adecuado sistema gráfico de coordenadas". Y el RD 1093/1997, de 4 de julio:

· *Art. 3:* "Planos de situación. Los documentos públicos [que contengan actos urbanísticos], cualquiera que sea su clase y la naturaleza del acto o negocio inscribible, se presentarán ante el registrador para la calificación y práctica de los asientos respectivos acompañados del plano de la finca o fincas a que afecten, de acuerdo con lo dispuesto en las reglas siguientes: ... 1. El plano se archivará en los términos previstos en el inciso segundo del apartado cuarto del art. 51 RH. Podrá acompañarse también al plano citado copia del mismo en soporte magnético u óptico."

· *Art. 24.2.c:* "[En] el título inscribible de la expropiación forzosa ... deberá constar ... plano de la finca o fincas resultantes".

⁶ La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, T.R. aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973 dice en sus *Arts. 223:* "para su protocolización con el acta [de reorganización de la propiedad], se remitirá al notario un plano de la zona concentrada autorizado por el Instituto. Otro igual se remitirá al Registro de la Propiedad"; *235.2°:* "También deberá acompañarse a los nuevos títulos de dominio el plano de la finca que se incorporó al título de concentración, o, en su caso, copia de dicho plano, autorizada por notario o por el Instituto."; *237:* 1.- La nueva ordenación de la propiedad resultante de la concentración y sus sucesivas alteraciones serán inexcusablemente reflejadas en el Catastro de rústica y éste habrá de coordinarse o guardar paralelismo con el Registro de la Propiedad. A tal efecto, copia de los planos de la concentración autorizada por el Instituto y los datos complementarios que fueran precisos serán remitidos al Registro, al Catastro Topográfico Parcelario y al Catastro de Rústica, cuyos documentos quedarán así oficialmente incorporados a los indicados Organismos Públicos. 2.- El Catastro Topográfico Parcelario adaptará a la nueva situación los planos del municipio o municipios afectados por la concentración y remitirá a los Registros de la Propiedad respectivos los nuevos planos ya rectificadas; y *238:* "Incorporada al Registro de la Propiedad la nueva ordenación, no podrá tener acceso al mismo ningún título que implique alteración en el perímetro de las fincas afectadas por la concentración si no se presenta acompañado de un croquis en papel transparente, a la misma escala que el plano que obra en el Registro, y que refleje con suficiente claridad, a juicio del Registrador, la alteración de que se trate. El Registrador archivará el plano como adicional al plano general de la zona concentrada."

⁷ *Art. 18.3 de la Ley 43/2003, de 3 de julio, de Montes:* "La Administración titular o gestora inscribirá los montes catalogados, así como cualquier derecho sobre ellos, en el Registro de la Propiedad, mediante certificación acompañada por un plano topográfico del monte o el levantado para el deslinde, a escala apropiada. En la certificación expedida para dicha inscripción se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que constituyan el monte catalogado, de acuerdo con la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario". · *Art. 71.2 del Reglamento de Montes (Decreto 485/1962, de 22 de febrero):* "Las certificaciones se expedirán por triplicado y, siempre que ello sea posible, se acompañará a las mismas un plano topográfico del monte, debidamente autorizado, para que quede archivado en el Registro".

⁸ Reglamento de Costas (RD 1471/1989, de 1 de diciembre): *Art. 31.2:* "Si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado."

⁹ *Art. 45* de la Ley Catastral: “A efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos ... cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por ciento, siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos”. En el mismo sentido la Instrucción de 2 de marzo de 2000.

¹⁰ *Art. 110 RH*: “Las faltas subsanables, cualquiera que sea su procedencia, podrán subsanarse por instancia de los interesados, que se archivarán en el Registro, siempre que no fuere necesario un documento público u otro medio especialmente adecuado”.

¹¹ El apartado penúltimo del art. 103 LH dispone que “cuando se cancela una anotación preventiva en virtud de documento privado, cuyas firmas no se hallen legitimadas, la cancelación expresará la fe de conocimiento del Registrador de los que suscriban el documento o de los testigos, en su defecto”; y el art. 166.11^a del Reglamento que “si el documento fuese privado, manifestará, además, el Registrador, que las firmas están legitimadas o que las partes han concurrido a su presencia personalmente o por medio de apoderado, dando fe de que las conoce y de que son auténticas las firmas puestas al pie de la solicitud que le hubieren presentado; y si el Registrador no conociese a los interesados o a sus apoderados, firmarán con ellos la solicitud en que se pida la anotación dos testigos conocidos, que concurrirán al acto y asegurarán la legitimidad de las firmas de aquéllos”..

¹² “A los solos efectos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro inmobiliario se presumen ciertos”.

¹³ *Art. 342 RH*: “También podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales”.

DERECHO ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS EN CASTILLA-LA MANCHA

José M^a A. Magán Perales

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha

Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia
de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el estudio jurídico del Derecho electoral y la regulación de los partidos políticos en la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha. Las normas electorales estatales, derivadas de la opción del constituyente, imponen bastantes limitaciones a eventuales novedades introducidas en la materia por las Comunidades Autónomas. Son destacables la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (LOREG) y la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, dictada desde un primer momento con la *mens legislatoris* de llevar a la ilegalización de la izquierda radical vasca, como efectivamente así se hizo, aunque con la inmaculada solución de endosar a la judicatura un conflicto político.

Por su parte, y ya a nivel autonómico, hay que partir del análisis del art. 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en la última de sus redacciones, que contiene buena parte de las claves del sistema electoral de esta Comunidad. Destaca la posibilidad *descafeinada* de disolver las Cortes, la necesaria presencia de la provincia como circunscripción electoral. Como normativa autóctona Castilla-La Mancha posee la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Ley Electoral de Castilla-La Mancha, regula los aspectos que en materia de elecciones autonómicas dejaba abiertos la LOREG, la cual ha sido objeto también de varias modificaciones. Destacan dos aportaciones genuinamente castellano-manchegas al Derecho electoral español: una es la declaración del patrimonio personal de los candidatos, para que la honradez que se presupone a cualquiera de ellos sea, además, conocida por todos los ciudadanos. La segunda aportación, que ya ha hecho mella a nivel estatal, fue la de la “paridad” entre hombres y mujeres en las listas electorales, un soplo de aire tomado de los países nórdicos, pero que funciona muy bien para tapar otros problemas.

I. UNA REFERENCIA AL DERECHO ELECTORAL ESTATAL, NECESARIO Y CONDICIONANTE PUNTO DE PARTIDA

A. LA NORMATIVA PRECONSTITUCIONAL. LA “INERCIA” DEL DERECHO ELECTORAL DE LA TRANSICIÓN Y SU POSTERIOR VIGENCIA

Dos son las notas más llamativas del Derecho Electoral español: la primera, su permanencia por “inercia”, a lo largo del tiempo durante la llamada transición política, llegando incluso a adquirir naturaleza constitucional a través de las previsiones del artículo 68 CE y de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en lo sucesivo, LOREG). La segunda característica ha sido el trasplante a las Comunidades Autónomas de los principios consagrados a nivel estatal en lo que a Derecho electoral se refiere, consecuencia lógica del “mimetismo” o simetría de éstas respecto de la organización política, administrativa, y también electoral del Estado.

Los principios del actual Derecho electoral español arrancan de la Ley para la Reforma Política de 10 de septiembre de 1976, última de las *Leyes Fundamentales* del régimen anterior, y que como su propio nombre indica, pretendía establecer las bases para una futura reforma que habrían de llevar a cabo los representantes del pueblo, democráticamente elegidos por el cuerpo electoral. En la práctica, mediante esta Ley las Cortes franquistas se hacían el haraquiri entre la admiración de propios y extraños, y todo ello dentro del escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente. La legitimidad popular de tan trascendente Ley vino de la mano del “Referéndum Nacional para la Reforma Política” celebrado el 15 de diciembre de 1976, con una campaña institucional que insistió en un más que sintomático “*Habla, Pueblo, habla*”, como primer paso para posibilitar la Reforma política. Uno de los aspectos que materialmente abordó esta Ley fue precisamente el del sistema electoral, lo cual se hizo recogiendo tres criterios básicos que posteriormente pasaron al sistema electoral postconstitucional:

- a) Fijación de un porcentaje mínimo de sufragios para acceder al Congreso, porcentaje que habría de concretar la normativa electoral.
- b) Establecimiento de la provincia como circunscripción electoral.
- c) Establecimiento de un número mínimo inicial de Diputados para cada circunscripción, distribuyéndose los restantes Diputados proporcionalmente a la población de cada provincia.

Y todo ello, en el marco de una Cámara que debía estar integrada por 350 miembros, que en todo caso se habían de elegir por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad. De esta forma, la Ley para la Reforma Política iba a dejar fijados de modo sucinto los principios electorales que, por lo demás, se establecían con un inequívoco carácter de temporalidad, aunque el tiempo se encargaría de consolidarlos, como sucede con casi todas las normas a las que se etiqueta de “provisionales”. Pues bien, la D.T. 1ª atribuyó al Gobierno la regulación de las primeras elecciones a Cortes. El Gobierno SUÁREZ, en desarrollo de esta previsión, dictó el **Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo** (BOE del 23), sobre normas electorales, cuyo ámbito temporal quedaba limitado a regular las primeras Elecciones Generales del 15 de junio de 1977. Sin embargo, y debido a la constante inercia del sistema electoral y a la resistencia de las fuerzas mayoritarias a modificar el sistema, éste hubo de prolongarse más allá de las primeras elecciones democráticas. Es debido a esta “inercia”? electoral por lo que el apartado 3º de la D.T. 8ª de la Constitución dispuso que: *“En caso de disolución (...), y si no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en los artículos 68 y 69, serán de aplicación en las elecciones las normas vigentes con anterioridad (...).”* Esto es, remisión a las normas del Decreto-ley de 1977, permitiéndose así la elegibilidad de los miembros del Gobierno, compatible con el ejercicio del mandato parlamentario, la edad de voto a los 18 años, y un número de Senadores de carácter “provincial” de 208 frente a los 207 previstos por el Decreto-ley de 1977. Esta “inercia” de las normas electorales hizo que el Decreto-ley de 1977 sirviera no sólo para regular las primeras elecciones democráticas, sino también las Elecciones Generales de 1979 y 1982. La necesidad de desarrollo de las previsiones electorales era cada vez más acuciante, llegando el propio Tribunal Constitucional a hacerse eco de ello, manifestando que: *“La Ley Electoral está prevista en la Constitución como una de las leyes necesariamente llamadas a desarrollarla. Se deduce así, sin gran dificultad, de la lectura del artículo 70 y se deduce igualmente de la disposición transitoria 8ª.3. La aplicación en elecciones posconstitucionales del Decreto electoral anterior posee carácter excepcional”* (STC 72/1984, de 14 de junio).

B. LAS DETERMINACIONES ELECTORALES DE LA CONSTITUCIÓN; EL DERECHO ELECTORAL, EN EL BLOQUE DE LEGALIDAD ESTATAL

El sistema electoral español actual puede ser esquematizado en las siguientes cuatro notas:

1. Un número reducido de escaños.

En el sistema constitucional español, las funciones de Cámara Baja corresponden al Congreso de los Diputados, que se compone

por una horquilla parlamentaria de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (art. 68.1 CE). En la actualidad, el número de miembros del Congreso de los Diputados es de 350 (art. 162 de la LOREG), el mismo número que ya dispusiera la Ley para la Reforma Política de 1976 y el Decreto-ley de 1977. Se trata de un número relativamente bajo, si se compara con el de anteriores Cámaras (las Cortes de 1879 tuvieron 429 Diputados, y las Cortes republicanas, 460 escaños). Ello lleva de inmediato a discusiones sobre infrarrepresentación y suprarrepresentación territorial que desbordan el objeto de este estudio.

2. Un sistema de circunscripción múltiple y una curiosa clave de representación.

El territorio del Estado español se divide en 52 distritos electorales. Como circunscripción electoral se mantiene la provincia; por su parte Ceuta y Melilla (desde 1995, Ciudades Autónomas) estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La Ley distribuye el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. La elección se verifica en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. Sin embargo, las provincias fueron “creadas” para otra finalidad en 1833, y son muy diferentes entre ellas, empezando por el tamaño, siguiendo por la población y terminando por la “ficción” de creer que las Islas Canarias son dos provincias diferentes. A pesar de que la CE no excluye *per se* la existencia de algún sistema de igualación, el art. 68 CE se redactó pensando en que tales mecanismos no iban a existir. Por su parte, la LOREG no contempla ninguno de estos mecanismos de igualación.

En segundo lugar, la CE establece que los escaños no se distribuyen entre las circunscripciones en razón de la población; cada provincia parte con un mínimo, y la distribución en razón de la población opera sobre la fracción restante de escaños. La LOREG mantuvo ese mínimo inicial en dos escaños; en consecuencia, sólo 248 de los 350 escaños se distribuyen en razón de la población. En una afirmación que nos parece extrema (MARTÍNEZ SOSPEDRA), en el Estado español no existiría, propiamente hablando, sufragio universal. Este sistema no tiene parangón en ningún otro Estado europeo, y como veremos más adelante, el criterio del “mínimo inicial” de Diputados por provincia ha sido eliminado a nivel autonómico.

3. La fórmula electoral: Sistema proporcional mayoritario, variante d'Hondt

La fórmula electoral puede ser definida (MELLADO PRADO) como el procedimiento de cálculo matemático que traduce los deseos de los electores en una distribución de los escaños disputados por los diversos candidatos de los partidos contendientes. Nadie duda que la elección de una normativa electoral determinada en un país democrático tiene una indudable incidencia en el desarrollo del sistema político. El primer gran debate de fondo sobre los procesos electorales es el que se refiere al modo de transformar los votos en escaños, es decir, la opción por un sistema proporcional o mayoritario. En este sentido, las fórmulas proporcionales se basan en la distribución de los escaños en proporción al número de votos obtenido por cada lista de candidatos. Con ello se permite que las minorías obtengan en cada circunscripción una representación ajustada a su número de votos. El sistema proporcional tiende a conseguir mayor "justicia electoral", dando una visión más real de la fisonomía política de un país.

En el caso español, la definición del sistema electoral tuvo un papel relevante, pues como ha hemos dicho, la definición del sistema electoral precedió a la propia creación del sistema de partidos, y tuvo por ello capacidad suplementaria para contribuir a su configuración (finalidad a la que obedeció su diseño), siendo constitucionalizado parcialmente y permaneciendo su estructura idéntica desde 1977. La CE estableció que las elecciones al Congreso de Diputados se realizarían "*atendiendo a criterios de representación proporcional*" (art. 68.3 CE). El constituyente español adoptó la filosofía de la proporcionalidad como más acorde con el valor del pluralismo para las elecciones al Congreso de los Diputados, a las Asambleas legislativas de las eventuales Comunidades Autónomas que se creasen y a los municipios. En concreto, el art. 152.1 CE menciona ese principio en relación a las Asambleas de las Comunidades. Sin embargo, el sistema proporcional español no es puro, sino que contiene una prima a favor de las candidaturas más votadas. Esta prima se establece mediante el sistema d'Hondt, que recibe su nombre del profesor y matemático belga que lo ideó en 1882, tratando de simplificar el sistema proporcional de distribución de restos según la media mayor. El sistema proporcional en su variante d'Hondt consiste en dividir el número de votos obtenido por cada lista de candidatos por la serie de números cardinales (1,2,3,4,...) hasta llegar al número que es el total de escaños a elegir en esa circunscripción. Los escaños se reparten entre las candidaturas que obtengan los cocientes mayores. Esta fórmula permite la formación de mayorías parlamentarias, que facilitan la composi-

ción de gobiernos estables, a la vez que garantiza la representación de los partidos nacionalistas a nivel autonómico. La intención del constituyente no fue otra que la de permitir en el Parlamento estatal y en los Plenos municipales la presencia de formaciones que hubiesen alcanzado el 3 ó el 5%, respectivamente, de los votos del electorado, pese a las dificultades que se pudieran plantear a la hora de constituir mayorías estables.

4. El Derecho electoral, en el bloque de legalidad estatal. La LOREG de 1985.

El derecho de sufragio es una modalidad del derecho fundamental de participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos, por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal; derecho reconocido en el artículo 23.1 CE. Además, el art. 81.1 CE reservaba de manera expresa a la Ley orgánica la regulación del “*régimen electoral general*”, expresión que no solamente hace referencia a las elecciones generales, sino a un mínimo común denominador aplicable a todas las consultas electorales (SSTC nº 2, de 18 de diciembre de 1981 y la 38/83, de 16 de mayo). En desarrollo de esta exigencia constitucional se dictó la **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG)**, modificada en numerosas y puntuales ocasiones, hasta catorce modificaciones hemos podido señalar –demasiadas para una materia que debería ser más estable-. Dichas modificaciones son las siguientes:

- Ley Orgánica 1/1987, de 2 abril, de modificación de la LOREG para las elecciones al Parlamento Europeo.
- Ley Orgánica 8/1991, de 13 marzo, de modificación de la LOREG sobre determinados aspectos aislados del procedimiento electoral español.
- Ley Orgánica 6/1992, de 2 noviembre, de modificación de la LOREG en materia de voto por correo.
- Ley Orgánica 13/1994, de 30 marzo, de modificación de la LOREG en materia de control de los gastos electorales.
- Ley Orgánica 3/1995, de 23 marzo, por la que se incorpora el dictamen aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 16 de junio de 1994 sobre condiciones de elaboración del censo electoral.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre (nuevo Código penal)
- Ley Orgánica 1/1997, de 30 mayo de modificación de la LOREG para la trasposición de la Directiva 94/80/CE, de Elecciones Municipales.

- Ley Orgánica 3/1998, de 15 junio, por la que se añade a la LOREG la D.A. 5ª.
- Ley Orgánica 8/1999, de 21 abril, de modificación de la LOREG para la mejora del gobierno local.
- **Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos**, a la que a continuación nos referiremos
- **Ley Orgánica 1/2003, de 10 marzo, sobre garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.**
- Ley Orgánica 16/2003, de 28 noviembre, de adaptación del número de Diputados elegidos por el estado español a lo dispuesto en la Constitución europea.
- Cierra por ahora esta lista de modificaciones la llevada a cabo por la reciente **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres** (BOE de 23 de marzo de 2007).

El art. 149.1.1 CE reserva al Estado *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*, encontrándose entre los primeros el derecho electoral como derecho subjetivo fundamental (art. 23 CE). Por todo ello la LOREG regula no sólo las elecciones generales, sino también las municipales, estableciendo asimismo las reglas específicas para la elección de los Cabildos Insulares canarios y de los Diputados Provinciales.

El esquema legislativo de la LOREG es el siguiente:

- a) disposiciones comunes para toda elección por sufragio universal (Título I);
- b) normas que se refieren a los diferentes tipos de elecciones políticas:
 - elecciones de diputados y Senadores (Título II)
 - elecciones municipales (Título III)
 - elecciones de los Cabildos Insulares canarios (Título IV).
 - elección de Diputados provinciales (Título V).

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la LOREG los procesos de participación directa, regulados a través de la **Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero** (BOE nº 20, de 23 de enero de 1980) modificada puntualmente y en el mismo año por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, de regulación de las distintas modalidades de referéndum.

La regulación de las elecciones autonómicas tampoco se contempla en la LOREG de 1985, aunque muchos de sus principios, como tendremos ocasión de ver en el caso de Castilla-La Mancha, son considerados

presupuestos de actuación por parte de las Comunidades Autónomas. Concretamente, el art. 1.2 de la LOREG dispone la aplicabilidad de la ley estatal, en los términos que establece su Disposición Adicional 1ª a las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Ello supone que la LOREG resulta de aplicación a las materias de mayor importancia, como el derecho de sufragio activo y pasivo, presentación y proclamación de candidatos, régimen del recurso contencioso-electoral y regulación de los delitos e infracciones electorales. Como vemos, en materia de Derecho electoral queda un estrecho margen de manobra para las Comunidades Autónomas, y por este motivo, la regulación de las elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha coincide, casi simétricamente, con la fijada en el régimen electoral general.

Puede decirse que la LOREG de 1985 no aporta grandes novedades en la regulación del sistema electoral, que permanece prácticamente inalterado respecto al fijado en la etapa de transición. Lo que la LOREG hizo fue agrupar parcelas que se regulaban de forma dispersa, como el régimen legal de las encuestas electorales o la crucial utilización de los medios de comunicación de titularidad pública en las campañas electorales.

B. LOS PARTIDOS POLÍTICOS, PIEZA MAESTRA DEL SISTEMA ELECTORAL: LA LEY ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS 6/2002, DE 27 DE JUNIO.

Junto a las normas que regulan el sistema electoral, una de las piezas clave del mismo son los partidos políticos, protagonistas destacados en la vida pública de cualquier país dotado de un sistema constitucional democrático. Es posible definir a los partidos (SÁNCHEZ GONZÁLEZ) como agrupaciones voluntarias de individuos que comparten un mismo ideario político, que tratan de conquistar el poder en una comunidad determinada y, caso de lograrlo, realizar un programa que no es sino plasmación de su ideología.

Participar en todo lo relativo al sistema electoral es una función esencial de los partidos, por lo que hemos de referirnos a ellos. Para empezar, los partidos controlan la designación de candidatos a los puestos de representación política. Dentro del marco electoral, los partidos representan los diferentes programas de gobierno y las correspondientes candidaturas que se someten a adopción de los ciudadanos. Son, pues, el medio a través del cual se realiza la participación popular en el poder político. Los partidos que consiguen representación como consecuencia del triunfo en las elecciones adquieren la condición añadida de entes auxiliares del Estado (o de la Comunidad Autónoma).

Consciente de su enorme importancia, el constituyente español decidió la constitucionalización de los partidos en el art. 6 CE, nada menos que en el Título Preliminar, donde se contienen los elementos esenciales de nuestra Carta Magna: *“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*.

La regulación de los partidos estuvo durante años en la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre Asociaciones Políticas, dictada durante el Gobierno Arias y en la **Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos** (preconstitucional por horas, pero preconstitucional), leyes ambas derogadas expresamente en 2002. La ley 54/1978 fue una norma escueta, que sirvió para asentar un procedimiento sencillo de constitución en libertad de los partidos políticos; objetivo no despreciable en el momento en que vino a dictarse, pues durante meses anteriores a las primeras Elecciones Generales de junio de 1977, la legalización de los diferentes partidos fue objeto de numerosas tensiones políticas (la polémica “ventanilla” del Ministerio de la Gobernación, pero sobre todo la legalización del Partido Comunista de España en el “sábado santo rojo” del que se acaban de cumplir tres décadas, y que tanta crispación causó entre los sectores más inmovilistas del Ejército). Por lo demás, el resto de previsiones en materia de partidos se hizo derivar directamente de la propia Constitución, de normas como los Reglamentos parlamentarios o la LOREG, o de reformas legislativas posteriores, como las operadas en el Código Penal sobre la ilegalidad de determinadas asociaciones o las relacionadas con la financiación de los partidos.

Tras veinticinco años de vigencia, esta regulación sobre los partidos resultaba ya insuficiente por incompleta y fragmentaria. Por ello, durante el año 2002 asistimos a la promulgación de dos normas fundamentales en esta materia: en primer lugar, la **Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación** (BOE nº 73, de 26 de marzo de 2002), que dio por fin una regulación constitucional a este tema, y mandó al desván de los recuerdos a la ley franquista 191/1964, obsesionada casi freudianamente por *controlar* cualquier asociación de tipo político. Precisamente el art. 1.3 de la ley de Asociaciones de 2002 prevé que se registrarán por su legislación específica los partidos políticos. Por ello, sobre esta regulación especial hemos de referirnos a la **Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos** (BOE nº 154, de 28 de junio de 2002).

Los partidos políticos no son órganos constitucionales, sino entes privados de base asociativa, que forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución. Desde cualquier punto de vista, era preciso el fortalecimiento y la mejora de su estatuto jurídico con un régimen más perfilado, garantista y completo. Si ello es así para toda asociación, con más motivo ha de serlo para las asociaciones políticas, cuya finalidad es la de aunar convicciones y esfuerzos para incidir en la dirección democrática de los asuntos públicos, contribuir al funcionamiento institucional y provocar cambios y mejoras desde el ejercicio del poder político.

La Ley de partidos de 2002 desarrolla las previsiones esenciales de los arts. 1, 6, 22 y 23 CE y supone también la reforma de dos artículos de la LOREG. No ocultaremos que uno de los objetivos que persigue esta Ley Orgánica es arrojar del sistema a los partidos anti-sistema, para poder garantizar el propio funcionamiento de la democracia. Con todo, esta afirmación no es del todo cierta, por lo que la precisaremos de inmediato: La redacción del articulado es sumamente cuidadosa; la Ley 6/2002 insiste (arts. 6, 7.1 y 9.1) en la exigencia constitucional del “carácter democrático” exigido a cualquier partido político, para a continuación (art. 9.2) contrastar ese carácter democrático con el conjunto no de las ideas (y esta es la clave de toda la Ley) sino de la actividad y de los hechos objetivos y constatables. Por ello, y corrigiéndonos a nosotros mismos, la Ley Orgánica 6/2002 no ilegaliza los partidos anti-sistema por sus ideas, sino aquellos que por sus hechos y en connivencia con organizaciones criminales socaven los cimientos de la democracia.

En palabras de la Exposición de Motivos, *“La presente ley, sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defiendan mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos (...) El objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas. Especialmente si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad terrorista, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas,*

cualesquiera que estos sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, respetando los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades”.

El Derecho Comparado que cita la Exposición, comenzando por Alemania, ofrece espléndidos ejemplos de ilegalización de partidos políticos. Sin embargo, durante años, el legislador español tuvo el miedo de excluir a determinados partidos del sistema, por miedo a que el Estado español no fuera considerado una auténtica democracia. La Ley 6/2002 de Partidos ha de permitir extirpar estos elementos del sistema, que en un enorme fraude de ley, han mantenido cautivas y amedrentadas las instituciones democráticas, y arrojarlos fuera del mismo. Para ello, el procedimiento de ilegalización diseñado en la Ley Orgánica 6/2002 (Capítulo III de la Ley, arts. 10 a 12) es un procedimiento judicial, residenciado en la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la LOPJ, cuya composición es una especie de pleno “reducido” del propio Tribunal Supremo. El procedimiento establecido es específico y preferente, pudiéndose instar (art. 11) por el Ministerio Fiscal, y el Gobierno, por sí o a instancia del Congreso de los Diputados o del Senado. Se trata también de un procedimiento en única instancia, que no puede ser objeto de recurso alguno, sin perjuicio del recurso de amparo ante el TC, y en el que la sentencia será ejecutiva desde el momento de su notificación.

Los efectos de la disolución judicial son (art. 12 Ley 6/2002) el cese inmediato de toda actividad del partido político, presumiéndose fraudulenta y no pudiendo prosperar la constitución de una formación que continúe o suceda al partido declarado ilegal y disuelto. La disolución lleva aparejada la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, destinándose el patrimonio neto resultante a actividades de interés social o humanitario.

Cambiando de tema debemos hacer mención a una legislación estatal que también afecta a los partidos políticos. Como justa reparación de los daños ocasionados a los partidos políticos por la dictadura franquista, es preciso hacer mención a la **Ley 43/1998, de 15 de diciembre**, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

II. EL DERECHO ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA

A. LAS PREVISIONES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA-LA MANCHA EN MATERIA ELECTORAL

1. El art. 10 del Estatuto de Autonomía de 1982, los principios generales sobre Derecho electoral en Castilla-La Mancha. El nuevo estatuto de Autonomía de 2007.

Las previsiones electorales se contienen en el artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (**Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto**, en adelante, EACM'82, conocido también como "Estatuto de Alarcón", por la localidad donde se redactó parte de su articulado). En la actualidad, como es sabido, al igual que ya han hecho otras Comunidades Autónomas (Comunitat Valenciana: LO 1/2006, de 16 de abril; Catalunya: LO 6/2006, de 19 de julio; Illes Balears 1/2007, de 28 de febrero; Andalucía: LO 2/2007, de 27 de marzo), se tramita una **Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha**, expediente 06/011-0001, que en realidad y pese a su nombre, es un nuevo Estatuto que derogará el EACM'82. Tras unos concienzudos trabajos de preparación, el texto de dicha Propuesta ha sido objeto de publicación en el Boletín oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha nº 212, de 30 de enero de 2007. Falta aún su paso por el Parlamento estatal, del que previsiblemente, y dada la autolimitación del estatuyente castellano-manchego, incapaz de pedir en voz alta por miedo a ofender, intuimos que habrá de salir poco recortado. A este nuevo Estatuto –que insistimos, no está aún vigente en el momento de cerrar este trabajo (abril de 2007)- nos referiremos como **EACM'07**. Son varias las determinaciones que en el mismo se establecen en este nuevo Estatuto, a las cuales obviamente debemos hacer cumplida referencia.

Pues bien, el vigente EACM'82 contiene las determinaciones del régimen electoral de la región en el art. 10; un artículo demasiado largo y que ha sido objeto de diversas modificaciones:

“1. Los Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha serán elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma prevista en el presente Estatuto.

Los Diputados de Castilla-La Mancha representan a toda la Región y no estarán sujetos a mandato imperativo alguno”. [Párrafo redactado conforme a la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, que efectuó una reforma en profundidad del EACM'82; BOE nº 159, de 4 de julio de 1997 y DOCM nº 31 de 4 de julio de 1997].

2. Las Cortes de Castilla-La Mancha serán elegidas por un plazo de cuatro años de acuerdo con un sistema de representación proporcional que asegure la representación de las diversas zonas del territorio de la región. Las elecciones serán convocadas por el Presidente de la Junta de Comunidades, en los términos previstos por la Ley que regule el Régimen electoral General, de manera que se realicen el cuarto domingo de mayo cada cuatro años.

La circunscripción electoral es la provincia.

Las Cortes de Castilla-La Mancha estarán constituidas por un mínimo de 47 Diputados y un máximo de 59. La asignación de Diputados a cada provincia no será inferior a la actual: Albacete, diez Diputados; Ciudad Real, once Diputados; Cuenca, ocho diputados; Guadalajara, siete Diputados y Toledo, once Diputados.

Una Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, en el marco del presente Estatuto, determinará los plazos y regulará el procedimiento para la elección de sus miembros y la atribución de escaños fijando su número y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad que afecten a los puestos o cargos que se desempeñen dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [La redacción actual de este segundo párrafo proviene de las Ley Orgánica 6/1991, de 13 de marzo, que modificó únicamente el art. 10.2 del EACM'82 y la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de Reforma del EACM'82].

3. Los miembros de las Cortes de Castilla-La Mancha gozarán de inviolabilidad aun después de cesar en su mandato, por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato no podrán ser detenidos por los actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad, sino en caso de flagrante delito. Corresponderá decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la Región. Fuera del territorio regional, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados cesarán:

- a) Por cumplimiento del término de su mandato.
- b) Por dimisión.
- c) Por fallecimiento.
- d) Por cualquier otra causa prevista en las leyes regionales o en el Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Producida la vacante, será cubierta en los términos previstos en la Ley a que hace referencia el párrafo tercero del apartado 2 del presente artículo". [Este

último párrafo está redactado conforme a la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de Reforma del EACM'82, que suprimió asimismo el art. 10.4, que se refería a la percepción de retribución por parte de los Diputados, con lo que el art. 10.5 pasó a ser el número 10.4].

El art. 10 del EACM'82 recoge los criterios constitucionales adoptados en los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución sobre las características del sufragio (universal, libre, igual, directo y secreto), circunscripción electoral (la provincia) y sistema proporcional de representación.

Por otra parte, se encuentran preceptos semejantes en el resto de Estatutos de Autonomía: arts. 13.5, 28 y 50.2 del Estatuto andaluz de 1981; art. 25 del Estatuto de Asturias (redacción de LO 1/1999); art. 10 del Estatuto de Castilla y León (redacción LO 4/1999); art. 10 del Estatuto de Cantabria (redacción de LO 11/1998); Disp. Trans. 5ª del Estatuto de La Rioja (redacción LO 2/1999); art. 24.3 del Estatuto de Murcia (redacción de LO 1/1998); art. 14.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana de 1982; art. 18.2 del Estatuto de Aragón; art. 7 del Estatuto de Canarias (redacción LO 4/1996); art. 15 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; art. 22 del Estatuto de Extremadura (redacción LO 12/1999); art. 20 del Estatuto de les Illes Balears de 1983 (redacción de LO 3/1999); y arts. 10 y 11 del Estatuto de la Comunidad de Madrid (redacción LO 5/1998). No olvidemos que en un principio, el silencio la Constitución habló de "Asambleas legislativas" únicamente pensando en las nacionalidades históricas. Posteriormente, tras los Pactos autonómicos, el sistema se decidió extender a todo el Estado. Las nuevas Comunidades Autónomas estarían todas dotadas de una "Asamblea legislativa", motivo por el cual todos los Estatutos recogieron estas disposiciones en materia de Derecho electoral.

Se trata por lo tanto de un postulado del moderno constitucionalismo de los sistemas democráticos, cuya inclusión estatutaria no viene más que a representar una declaración institucional de profundización en la democracia. De hecho, el EACM'82 se limitó prácticamente a transcribir las soluciones adoptadas por la CE sobre el modo de composición de la Asamblea legislativa.

El EACM'07, por su parte, contiene mayores referencias al proceso a lo largo de su articulado. En primer lugar, el art. 11 EACM'07 titulado "derechos de participación política" dispone que "*Los poderes públicos de Castilla-La Mancha reconocen a sus ciudadanos los siguientes derechos: (...) 2. Elegir a los Diputados en cortes de Castilla-la mancha y presentarse como can-*

didatos, en los términos regulados por la legislación electoral”, lo cual no es decir gran cosa. El derecho a elegir a los parlamentarios autonómicos preexiste al EACM’07 y consta en la propia Constitución, siendo indiferente que los poderes públicos de CLM lo reconozcan o no.

Mayor concreción ofrece el art. 25, ubicado ahora en el Capítulo I (“Las Cortes” del título II del EACM’07 (“Las instituciones de Castilla-La Mancha”). El art. 25 se refiere a la “Composición y régimen electoral”, y dispone lo siguiente:

“1. Las Cortes estarán compuestas por un mínimo de 47 Diputados y diputadas y un máximo de 59 elegidos mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la forma prevista en el presente estatuto y en la legislación electoral.

2. Las Cortes son elegidas por un período de cuatro años. Su mandato finalizará al concluir dicho período, cuando no prospere la investidura del presidente en los términos establecidos en el artículo 37.6 de este Estatuto o el día de su disolución por el Presidente de Castilla-La Mancha.

3. El sistema electoral es de representación proporcional y asegurará la presencia adecuada de las provincias de Castilla-la Mancha.

4. La circunscripción electoral es la provincia. Corresponderán como mínimo a cada provincia los siguientes Diputados: Albacete, 10; Ciudad Real, 11; Cuenca, 8; Guadalajara, 7 y Toledo, 11.

5. Las elecciones serán convocadas por el Presidente de Castilla-La Mancha en los términos establecidos en el presente estatuto y en la legislación electoral. La Ley Electoral de Castilla-la Mancha contendrá criterios de igualdad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales.

6. Para la atribución de escaños en una circunscripción será necesario haber logrado el 3% de los votos válidamente emitidos en la misma.

7. La Ley Electoral de Castilla-La Mancha será aprobada por dos tercios de los Diputados en votación final sobre el conjunto del texto. Dicha ley, además de los elementos regulados en el presente estatuto, determinará, entre otros aspectos, el régimen de plazos y el procedimiento de elección, así como la atribución de escaños por cada circunscripción electoral y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad”.

Quedan separados y son objeto de otro artículo (el 26, “Estatuto del diputado”), todo lo relativo a la no sujeción a mandato imperativo, voto personal, inviolabilidad, cese o vacante de Diputados.

Volviendo al artículo 25 EACM’07, podemos afirmar que las novedades de fondo en materia electoral son escasas: se mantiene la horquilla de 47 a 59 Diputados fijada en 1997. Como novedades, se elevan a

la categoría de estatutarias algunas de las determinaciones ya contenidas en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha, como el número de Diputados que corresponde a cada provincia, que se mantiene idéntico o el criterio del 3%. Destacan también los cambios semánticos, que acogen denominaciones que ya venían siendo utilizadas: a las Cortes regionales se las denomina “las Cortes”, sin necesidad de añadir “de Castilla-La Mancha”. Lo mismo sucede con el Presidente, que con el EACM’07 lo es simplemente “de Castilla-La Mancha” y no “de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”, como hasta ahora.

2. La posibilidad de disolver las Cortes castellano-manchegas, de prohibida a condicionada. La necesidad de un referéndum popular para las reformas posteriores al EACM’07.

Las Cortes de Castilla-La Mancha están sujetas al principio de temporalidad del poder propio de todo sistema democrático. El EACM’82 fijó el período de cada legislatura en cuatro años, plazo idéntico al previsto en la Constitución (arts. 68 y 69 CE), para el Congreso de los Diputados y el Senado y al adoptado por todos los Estatutos Autonómicos.

El EACM’82 en su redacción de 1983, al igual que el del resto de Comunidades de *vía lenta*, prohibió expresamente la disolución como causa de conclusión anticipada de la legislatura. Esta prohibición expresa, fruto de los Pactos Autonómicos de 1982, obedece a la razón confesada de evitar una proliferación de elecciones autonómicas en el tiempo, con la consiguiente confusión y cansancio del cuerpo electoral, temor justificado teniendo en cuenta el elevado número de Comunidades Autónomas (algunas de ellas de irresponsable creación, sobre todo las uniprovinciales). Esta práctica se convirtió en ley con la correspondiente reforma de la LOREG. A nivel autonómico, en Castilla-La Mancha una de las novedades de la reforma estatutaria efectuada en 1997, fue precisamente la introducción en el EACM’82 de un nuevo artículo 22, que estableció la posibilidad de disolver las Cortes, con anticipación al término natural de la legislatura, pero con unas grandes limitaciones que prácticamente la hacen inoperante, entre ellas la limitación de la nueva Cámara al término natural de la Legislatura ordinaria, o lo que es lo mismo, el deber de celebrar nuevas elecciones el último domingo de mayo, junto al resto de Comunidades Autónomas.

Por ello, podemos afirmar que la posibilidad de disolver rara vez será utilizada, y así lo demuestra la dinámica parlamentaria autonómica. Contamos únicamente con el caso de la Comunidad de Madrid, que

hubo de repetir las elecciones autonómicas de 2003. Pese a haberse asumido nuevos techos competenciales que nos igualan a las nacionalidades históricas, la obligatoriedad de celebrar elecciones en una fecha determinada seguirá siendo una de las diferencias fundamentales más evidentes, una perpetuación del “hecho diferencial” entre las nacionalidades históricas, que como es sabido, siguen celebrando sus elecciones con el mayor grado de autonomía posible, sin sujetarse a disoluciones programadas temporalmente, y el resto de Comunidades Autónomas, que gregariamente seguirán celebrando sus elecciones en bloque, coincidiendo además con las municipales, con el consiguiente efecto de arrastre sobre el electorado.

Sin embargo, el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana ha sido el primero en romper con esta dinámica y salirse del *redil*. En efecto, la LO 1/2006, de 16 de abril ha dispuesto que “*el presidente de la Generalitat, con el acuerdo previo del Consell, podrá ordenar mediante decreto la disolución de Les Corts, excepto cuando se encuentre en tramitación una moción de censura*”, pero establece que esta facultad de convocar elecciones de forma anticipada sólo podrá aplicarse a partir de 2007.

3. Las actuales provincias, heredadas circunscripciones electorales. Los problemas de infrarrepresentación.

Se denomina circunscripción o distrito electoral una zona demarcada territorialmente, en la que el número de electores ejercen su derecho al voto, y en la que se eligen un número determinado de representantes. La división de un territorio en circunscripciones electorales puede hacerse con base en diversos criterios: consideraciones históricas, administrativas, demográficas, también puramente políticas. El criterio más habitual es el demográfico, y de su correcta aplicación depende la igualdad o desigualdad en la representación política. De ello dependerá que en todas las circunscripciones haya la misma relación entre el número de electores, o de habitantes, y los escaños a elegir.

El EACM’82 “optó” también por la provincia como circunscripción electoral, elección nada original, y que en cierta manera es el reflejo del art. 68.2 CE que escuetamente afirma “*la circunscripción electoral es la provincia*”, criterio, pues, que debe tomarse como base en cualquier proceso de elecciones, incluidas las autonómicas. Sobre la posición de la provincia en el sistema constitucional, ya nos hemos pronunciado en alguna ocasión, y siempre negativamente. Seguimos creyendo que el constituyente perdió la oportunidad de reorganizar todo el sistema local español. Las provincias, las “actuales” provincias a las que aluden muchos

Estatutos, nos tememos que van a seguir siéndolo durante mucho tiempo, también a efectos electorales. Ese lastre decimonónico, esa señorita que espera en la pista cuando el baile hace ya tiempo que terminó, ese ente local que tan mal encaja con las actuales Comunidades Autónomas, esa hipoteca que se asume como quien hereda deudas de juego, es, además, una circunscripción electoral.

Como ventaja de la provincia como circunscripción electoral podemos alegar su gran tamaño, relativamente proporcionado entre todas las provincias que componen la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha, para lo que a unas elecciones autonómicas representa (si comparamos las diferentes provincias a nivel estatal este dato se torna crítica). Ello favorece sin duda los criterios de proporcionalidad y, por otro lado, supone una garantía contra una posible utilización del conocido mecanismo de crear circunscripciones, de entornos caprichosos, que favorecen a determinados partidos (sistema del *gerrymandering*, sustantivo que proviene del nombre de su creador, Gerry -Gobernador de Massachussets en 1812- y la forma de salamandra -*salamander*, en inglés- con la que recortó una circunscripción a su medida en la ciudad de Boston).

En contra de la provincia –como circunscripción electoral, que constante-, podría argumentarse que unas circunscripciones más pequeñas habrían facilitado el contacto representante-representado aunque esto, en un entorno tan local, degeneraría inevitablemente en una excesiva incidencia de intereses particularistas. Lo ideal sería que la circunscripción electoral fuera el total de la Comunidad Autónoma, sin fraccionarla en provincialismos y provincianismos, de la misma manera en que todo el Estado es circunscripción electoral cuando se eligen a los eurodiputados. Sin embargo, no es ésta la línea seguida por el EACM'07, cuyo art. 25.4 mantiene, *malgré lui*, el lastre provincial heredado.

Quizá el problema más serio que plantea la exégesis del art. 10.2 del EACM'82 Autonomía sea el correcto entendimiento del mandato que impone asegurar un criterio de representación territorial como matización necesaria al sistema de representación proporcional. Y ello en relación con la exigencia constitucional de voto igual de los arts. 68.1 y 69.2 CE. Para autores como MARTÍN MATEO se trata de un mandato claramente indeterminado; otros (FERNÁNDEZ PÉREZ, MANCISIDOR) delatan la misma vaguedad del término “zonas” entendiendo que es una forma de aludir a distintas demarcaciones -no coincidentes necesariamente con el nivel provincial-, tales como comarcas o territorios históricos. Pensemos que el art. 29.2.c) EACM'82 impone expresamen-

te al legislador castellano-manchego el “*Reconocer el hecho* (situación por tanto, preestatutaria) *de comunidades supramunicipales, tales como las de Villa y Tierra y análogas*”. Contrariamente a lo que se pudiera pensar, en Castilla-La Mancha existen, y el Estatuto las nombra, entes supramunicipales. Sin embargo, y dada la opción por la provincia, éstos nunca podrán suponer circunscripciones electorales. El ejemplo más dramático lo constituye La Mancha, la mayor región natural de Europa, desgarrada artificialmente en cuatro provincias.

4. Referencia al régimen de la Disposición Transitoria 1ª del EACM’82

La D.T. 1ª del EACM’82, de manera similar a lo que hizo la Constitución, reguló el régimen transitorio que había de regir hasta la aprobación de la Ley Electoral Manchega, y encontró su aplicación en la regulación de las primeras elecciones autonómicas, que tuvieron lugar el 31 de mayo de 1983, fecha ésta que a falta de otras efemérides, pasó a ser el “Día de Castilla-La Mancha”. Se trata de una disposición que agotó su vigencia temporal con la publicación de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha, pero que a pesar de ello, el legislador decidió mantener tras la reforma estatutaria de 1997.

Las determinaciones de este régimen transitorio pueden resumirse como sigue:

-El Ejecutivo autonómico, previo acuerdo con el Gobierno Estatal, convocaría elecciones mediante Real Decreto que había de publicarse en el BOE y en el DOCM, debiendo celebrarse las elecciones en el plazo de 60 días desde la convocatoria.

- La circunscripción electoral sería la provincia.
- Las Cortes Autonómicas estarían compuestas de 44 Diputados, distribuidos de la siguiente manera: Albacete, 6; Ciudad Real, 10; Cuenca, 8; Guadalajara, 7; y Toledo, 10. Debiendo asignarse los escaños por el método d’Hondt, entre los partidos que hubieran obtenido más del 5% de los votos. En este punto, la DT 1ª del EACM’82 contiene algunas peculiaridades que es preciso comentar. En primer lugar, sólo hay dos Estatutos que mencionan los partidos como medio de presentación de candidatos: el de Castilla-La Mancha y el de Valencia de 1982, que lo hace en el articulado del Estatuto. El hecho en sí no representa ninguna limitación extraña a nuestro ordenamiento, tan sólo el reconocimiento del papel que representan los partidos y los grupos (en la D.T. se habla también de federaciones y coaliciones) en el funcionamiento de las instituciones

parlamentarias. En segundo lugar, se establece la limitación del mínimo del 5% de votos para conseguir un escaño. Si comparamos los artículos que regulan el procedimiento electoral en los Estatutos de Autonomía, en la redacción original del bienio 1982-1983, se observa que ocho de ellos contenían la cláusula del 5%, salvo los de Madrid y Canarias, que establecieron el límite del 3%. Con posterioridad, la Ley electoral autonómica fijó el umbral mínimo de votos en el 3%, criterio ahora asumido por el art. 25.7 del EACM'07.

- Las Juntas Electorales Provinciales tendrían las competencias atribuidas por la normativa electoral entonces vigente (el Decreto-ley de 1977, al que ya aludimos en la parte de Derecho electoral del Estado, con las salvedades que el propio Estatuto señala), pudiendo sus resoluciones ser objeto de recurso ante la Junta Electoral Central, siendo competente la Sala de lo Contencioso de la extinta *Audiencia Territorial* (hoy, TSJ) para los recursos que tuvieran por objeto la impugnación de la elección y proclamación de los miembros electos.
- Una vez proclamados los resultados electorales, se constituirían las Cortes de Castilla-La Mancha, procediéndose a elegir una mesa provisional y, en su segunda sesión, al Presidente de la Junta de Comunidades, de acuerdo con lo previsto en el art. 14 del EACM'82.

B. LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA (LEY 5/1986, DE 23 DE DICIEMBRE).

La Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha (DOCM de 5 de enero de 1987 y en lo sucesivo, LECM), regula los aspectos que en materia de elecciones autonómicas dejaba abiertos la LOREG. Como ya dijimos, es fácil deducir que las coordenadas fijadas por la Constitución y la LOREG hacen que el legislador castellano-manchego deba limitarse en su regulación a las cuestiones técnicas del proceso electoral exigidas por la peculiaridad de la Comunidad Autónoma, ya que otra solución, y especialmente una incidencia en aspectos sustantivos del derecho al voto supondría invadir el “*régimen electoral general*” cuya regulación corresponde al Estado (art. 81 CE). En este sentido, y como su propio preámbulo indica, la ley viene a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 del EACM'82. A diferencia de otras Comunidades Autónomas (País Vasco, Catalunya), la Comunidad castellano-manchega no tiene competencia alguna en materia electoral reconocida en su Estatuto, sin que la habilitación del art. 10 del EACM'82 pueda ser interpretada como un auténtico título competencial, no siendo más que una norma distribuidora de competencias. La propia LECM remite en lo no previsto en la misma a la LOREG estatal (Disposición final 1ª de la LECM).

Resulta preciso señalar que la LECM fue desde su promulgación, y al igual que su hermana mayor estatal, objeto de varias modificaciones, que cronológicamente señaladas son las siguientes:

- Ley 5/1990, de 26 de diciembre: Modificación de los arts. 50, 52 y adición de un art. 52 bis.
- Ley 1/1991, de 15 de marzo: Modificación de los arts. 13, 31.3 y 4, 41, 42, 45.3 y 53.3.
- Ley 5/1994, de 16 de diciembre: Modificación de los arts. 50 y 52.
- Ley 8/1998, de 19 noviembre: Deroga el art. 52 bis, las DD.TT. 1ª, 2ª y 3ª; y modifica los arts. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 12, 13, 16, 19, 27, 30, 32, 44, 50, 51, 52, 53 y 55.
- Ley 11/2002, de 27 de junio: Modifica el art. 23 y añade el art. 24 bis.

Los objetivos que se plantea la LECM son: el cumplimiento de los preceptos estatutarios y su adecuación a la realidad social y política de Castilla-La Mancha, así como la integración de los principios de la normativa electoral regional en el marco de la LOREG.

La estructura seguida por la LECM es similar a la seguida por la LOREG, a la que con frecuencia se remite, a fin de evitar confusión e innecesaria reiteración, de tal manera que los apartados en que puede estudiarse la Ley pueden ser divididos de la siguiente manera:

- a) El derecho de sufragio activo y pasivo. Régimen de incompatibilidades (Título I LECM).
- b) La Administración electoral (Título II LECM).
- c) El sistema electoral (Título III LECM)
- d) La convocatoria de elecciones (Título IV LECM)
- e) El procedimiento electoral: presentación y proclamación de candidatos; campaña electoral; y utilización de los medios de comunicación de titularidad pública (Título V LECM)
- f) Gastos y subvenciones electorales (Título VI LECM).

1. El Derecho de sufragio activo y pasivo. Régimen de incompatibilidades.

La LECM dedica los dos primeros Capítulos del Título I al derecho de sufragio activo y pasivo, esto es, al derecho a participar como elector en los comicios y a ser candidato en unas elecciones. El sufragio activo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.1 CE, se atribuye a los ciudadanos de Castilla-La Mancha, de acuerdo con lo dispuesto en

el artículo 3.1 del EACM'82 (art. 11.2 EACM'07) que sean mayores de edad. Además, tratándose de unas elecciones autonómicas, sólo podrán votar los que tengan la condición política de castellano-manchegos, según lo previsto en el art. 3 del EACM'82 (art. 3 EACM'07). Se trata de un concepto jurídico nuevo, nacido al amparo de las Comunidades Autónomas, y que dio lugar a grandes dificultades interpretativas. El art. 3.1 del EACM'82 estableció que *“A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de ciudadanos de Castilla-La Mancha los que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región”*. La vecindad, concepto administrativo, se sitúa, por tanto, como conexión indispensable para tal consideración, lo que, a su vez, presupone una equiparación estatutaria entre derechos administrativos y políticos. Como excepción, el art. 3.2 del EACM'82 extiende esta cualidad a los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Castilla-La Mancha y así lo acrediten fehacientemente, así como a sus descendientes si así lo solicitan, siempre que figuren inscritos como españoles en la forma que determina la legislación estatal. Paradójicamente, el EACM'82 no hacía referencia alguna a los castellano-manchegos residentes en territorio español, que siguen siendo muy numerosos como consecuencia de la emigración, situación que se corrige ahora en el art. 3.4 EACM'07. A pesar de ello, resulta imposible administrativa y electoralmente la pertenencia –y el ejercicio del voto- en más de una Comunidad Autónoma.

El ejercicio del derecho de sufragio queda en todo caso sujeto a un requisito administrativo: la inscripción en el Censo Electoral único vigente (art. 2.2 LECM).

Se establecen en la LECM las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, con la finalidad de garantizar la neutralidad de las instituciones en el proceso electoral. La ley autonómica (art. 3.1 LECM) optó por una remisión a las causas de inelegibilidad e incompatibilidad establecidas en la LOREG, lo cual por otra parte resultaba obligado, al establecer la D.A. 1ª de la Ley estatal que sus arts. 6 y 7 referidos a incompatibilidades e inelegibilidades, son de aplicación directa a las elecciones de las Asambleas de las Comunidades Autónomas. La figura de la inelegibilidad persigue evitar que ciertos candidatos puedan prevalerse de circunstancias personales y profesionales que les permitan influir indebidamente en el proceso electoral, violando la igualdad de sufragio. En algunos supuestos obedece también a la necesidad de preservar la independencia de ciertos cuerpos o profesiones. No se trata de una circuns-

tancia estrictamente personal, siendo subsanable por el afectado. La LECM enumera con detalle en su art. 3 hasta once causas posibles de inelegibilidad, que son:

- a) Los miembros de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha.
- b) El Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y los Consejeros de dicho órgano.
- c) El Presidente del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.
- d) Los Directores Generales, Secretarios Generales Técnicos y Secretarios Generales de las Consejerías.
- e) Los Directores o Jefes de Gabinete de los miembros del Consejo de Gobierno.
- f) Los Delegados Provinciales de la Junta de Comunidades y los de las Consejerías, en el ámbito territorial de su jurisdicción.
- g) El Director General de la Radio y Televisión de Castilla-La Mancha y los Directores de sus Sociedades.
- h) El Presidente, los Vocales y el Secretario de la Junta Electoral de Castilla-La Mancha.
- i) Los Parlamentarios de las Asambleas Legislativas de otras Comunidades Autónomas.
- j) Los miembros de los Consejos de Gobierno de las demás Comunidades Autónomas y los cargos de libre designación de los citados Consejos.
- k) Los que ejerzan funciones o cargos concedidos y remunerados por un Estado extranjero.

En todo caso, la calificación de inelegible sólo procederá respecto de quienes incurran en algunas de las causas mencionadas el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones (art. 4 LECM), lo que deja abierta la posibilidad de que tras la convocatoria de los comicios y hasta el momento de presentación de candidaturas, pueda cesar en el cargo que genera la inelegibilidad.

La LECM, siguiendo las premisas del art. 70 CE, perfila un sistema de concurrencia de supuestos de inelegibilidad que impiden el convertirse, en quien concurran, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman los de inelegibilidad, operando, en su caso, de manera que se impida el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos proclamados e incluso los elegidos que quedaron posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad.

La incompatibilidad supone una serie de situaciones que por quebrantar (o poder hacerlo) la independencia o integridad de los parlamentarios durante su mandato se consideran no cohonestables con éste. Siguiendo estas premisas, el art. 6.1 de la LECM dispone que *“todas las causas de inelegibilidad de los Diputados a las Cortes de Castilla-La Mancha lo son también de incompatibilidad”*. Con ello, la causa sobrevenida opera como supuesto de incompatibilidad generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño. Además, el artículo 6.2 LECM enumera otras causas específicas de incompatibilidad que vienen a añadirse a las dispuestas por la LOREG:

- a) Los Senadores, salvo los elegidos en representación de la Comunidad Autónoma.
- b) Los Parlamentarios Europeos.
- c) Los miembros del Consejo de Administración de la Radio y Televisión de Castilla-La Mancha.
- d) Los Presidentes del Consejo de Administración, los Consejeros, Administradores, Directores-Generales, Gerentes y cargos asimilados de entes públicos y empresas de participación pública mayoritaria cualquiera que sea su forma, incluidas las Cajas de Ahorro de fundación pública, salvo que concurriera en ellos la cualidad de miembro del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha.

Asimismo, la condición de Diputado castellano-mancheño es incompatible con una serie de actividades, públicas o privadas, enumeradas en el art. 6.4 LECM, que podrían poner en duda o comprometer la imparcialidad del diputado en el ejercicio de su cargo.

La diferente naturaleza de estas figuras implica que la inelegibilidad opere, sobre todo, en el proceso electoral, la incompatibilidad puede surgir en cambio en cualquier momento de la vida de la Cámara. La inelegibilidad conlleva siempre la nulidad de la elección, mientras que la incompatibilidad supone el derecho de opción del parlamentario afectado (art. 7 LECM).

2. La Administración Electoral; la Junta Electoral de Castilla-La Mancha

En el aspecto orgánico, el art. 8 LECM crea la Junta Electoral de Castilla-La Mancha, las Juntas Provinciales y de Zona y las Mesas Electorales. La Junta Electoral de Castilla-La Mancha queda configura-

da como órgano superior de ordenación y control del proceso electoral autonómico, otorgándole el carácter de órgano permanente (art. 9.1 LECM) con una composición de amplia representación judicial como garantía de su imparcial actuación. La LECM tan sólo se ocupa de la Junta Electoral de Castilla-La Mancha, ya que el resto de órganos se regulan en la LOREG.

La trascendencia de la función de la Administración electoral es obvia, y en lógica conexión con ella parece evidente que es imprescindible que se garanticen los medios necesarios para que los casos que se planteen con respecto a la LECM se resuelvan con justicia y al margen del control del Gobierno.

La LECM se decantó por una Administración electoral que presenta un perfil inequívocamente judicial, que deriva del hecho de que la Junta Electoral de Castilla-La Mancha hay una primacía numérica de los miembros del Poder Judicial: cuatro vocales, Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre un total de siete. La elección de los Vocales integrantes del Poder Judicial no presenta problema alguno, ya que son designados mediante insaculación [art. 9.1 a) LECM].

El art. 13 de la LECM enumera las competencias correspondientes a la Junta Electoral de Castilla-La Mancha:

- a) Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales, en materia de Elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha.
- b) Resolver, con carácter vinculante, las consultas que le formulen las Juntas Electorales Provinciales.
- c) Revocar de oficio en cualquier tiempo, o a instancia de parte interesada, en los plazos previstos en el art. 21 de la LOREG, las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales, cuando se opondan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral de Castilla-La Mancha.
- d) Unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales en la aplicación de la normativa electoral de Castilla-La Mancha.
- e) Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se dirijan de acuerdo con la LECM o con cualquier otra disposición que le atribuya la competencia.
- f) Ejercer potestad disciplina sobre cuantas personas intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales.

- g) Corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral a Cortes de Castilla-La Mancha, siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cantidad de 150.000 pesetas (hoy, 901,57 €).
- h) Expedir las credenciales a los Diputados, en caso de vacante por fallecimiento, incapacidad o renuncia, una vez finalizado el mandato de las Juntas Electorales Provinciales.
- i) Velar por el cumplimiento de las normas relativas a las cuentas y a los gastos electorales por parte de las candidaturas durante el periodo comprendido entre la convocatoria y el centésimo día posterior al de la celebración de las elecciones. A tal fin podrá recabar información de las entidades financieras y de los Administradores Electorales sobre cuantos extremos estime precisos para el cumplimiento de su función fiscalizadora y comunicará al Ministerio Fiscal los indicios de conductas constitutivas de delitos electorales y a la Sindicatura de Cuentas el resultado de su actividad fiscalizadora.
- j) Cuantas otras les puedan resultar atribuidas por delegación de la Junta Electoral Central.

3. El sistema electoral castellano manchego: variante d'Hondt y mínimo del 3%

El legislador autonómico, como el estatal, se inclinó por la utilización de la fórmula d'Hondt, que produce una notable desviación del voto en sentido mayoritario, provocando una disminución de la proporcionalidad que pagan los partidos pequeños, a los que les resulta casi imposible obtener representación en aquellas circunscripciones con reducido número de escaños. De hecho, las diferentes elecciones autonómicas que se han producido en estos veinticinco años de vida de la Comunidad Autónoma, han dado lugar a un bipartidismo casi perfecto. Por decirlo con datos objetivos, a los partidos políticos que en la legislatura 2003-2007 han tenido representación en el Parlamento de Toledo, PSOE y al PP, les basta con tener 21.000 votos para conseguir un escaño en las Cortes regionales. A Izquierda Unida le cuesta muchísimo más. En las elecciones de mayo de 2003 esta coalición obtuvo más de 33.800 votos y sin embargo, no consiguió tener representación parlamentaria.

El artículo 17 LECM regula la atribución de escaños, conforme a las siguientes reglas:

- a) No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la cir-

cunscripción, siguiendo así el criterio establecido por el art. 163.1.a) de la LOREG. Se corrige a la baja, por tanto, el 5% establecido en la D.T. 1ª del EACM'82. (Mantienen este 5% Murcia, comunidad uniprovincial y la Comunitat Valenciana, a nivel de toda la Comunidad Autónoma). La barrera legal del 3% tiene un efecto de exclusión sobre las fuerzas políticas que no logran superarla y en este sentido disminuye la proporcionalidad.

- b) A continuación se aplica el sistema d'Hondt: Se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidos por las restantes candidaturas. A continuación se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etc., hasta un número igual al de escaños correspondientes a la circunscripción, formándose un cuadro similar al que aparece en el ejemplo práctico que se refleja en el artículo 163 de la LOREG. Los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, atendiendo a un orden decreciente.
- c) Cuando en la relación de cociente coincidan distintas candidaturas el escaño se atribuirá a la que mayor número total de votos hubiese obtenido. Si hubiera dos candidaturas con igual número total de votos, el primer empate se resolverá por sorteo y los sucesivos de forma alternativa.
- d) Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudican a los candidatos incluidos en ella, por el orden de colocación en que aparezcan.

Sobre la proporcionalidad operan otros factores como el tamaño de la circunscripción o el número de escaños en litigio. La LECM, siguiendo el dictado del art. 10.2 del EACM'82, establece la provincia como circunscripción electoral (art. 15 LECM), cerrando de esta manera el paso al posterior reconocimiento legal a otras divisiones territoriales para efectos electorales, siguiendo en este sentido la que fue la posición mayoritaria de las Comunidades Autónomas, con la excepción obvia de las uniprovinciales, o la singularidad de los Estatutos catalán y valenciano, que contienen referencias abiertas en este sentido.

El número de diputados de las Cortes castellano-manchegas se incrementó de 40 a 47 con la reforma estatutaria de 1997 (art. 10.2 EACM'82), y esa misma horquilla es la que se adopta en el art. 25.1 del EACM'07, para conseguir una doble finalidad: por una parte, asegurar la mayor representación de los ciudadanos de las diversas provincias de la Región; y por otra, garantizar la presencia de la Cámara de todas las opciones políticas que cuenten con un mínimo de respaldo electoral.

Más importancia tiene, a efectos de la representación poblacional, que es de lo que se trata, y no de la territorial, el número de escaños atribuidos a cada circunscripción y el procedimiento para su atribución.

El EACM, en su redacción de 1997, fijó el número de Diputados en una horquilla de un mínimo de 47 y un máximo de 59. Este criterio no fue el seguido por todos los Estatutos, ya que algunos, como los de Catalunya de 1979 o Andalucía de 1980, regulan esta cuestión en una D.T., reservando a la Ley electoral la fijación definitiva del número de parlamentarios. El art. 16.1 LECM fijó en 47 el número de Diputados en las Cortes Autonómicas (el mínimo previsto por el Estatuto en su redacción actual). Nos parece un número demasiado bajo, si tenemos en cuenta que Extremadura, por poner un ejemplo, con tan solo 1.075.286 habitantes, tiene 65 Diputados en su Asamblea regional.

Al establecer que el número de diputados sea impar se elimina la posibilidad del empate, lo cual permite obviar un posible problema en la gobernabilidad de la Región. De conformidad con lo dispuesto en el EACM'82, a cada provincia le corresponde, como mínimo, el siguiente número de Diputados:

Provincia	Nº mínimo de Diputados
Albacete	10
Ciudad Real	11
Cuenca	8
Guadalajara	7
Toledo	11

Este reparto ha sido elevado a la categoría de ley en la redacción dada a la LECM en la reforma de 1998, en la cual elimina el complejo procedimiento anterior y permite una mejor distribución proporcional entre escaños y población, mas ajustada entre la población real y el número de Diputados a elegir. A modo de ilustración, hemos tomado la población de Castilla-La Mancha por provincias (los datos son del Anuario Económico de España 2005) y hemos comparado el número de Diputados que corresponde a cada una. Hemos de advertir también que durante el período 1996-2001 aumentaron su población las provincias de Toledo, Albacete y, sobre todo, Guadalajara. En el período 2000-2004 se volvió a repetir dicho aumento, que fue espectacular con un aumento del 17,3 %, seguida de lejos por Toledo con un crecimiento poblacional del 9,5 %, crecimientos detrás de los que está el crecimiento en forma de *mancha de aceite* de Madrid. Estos crecimientos, han provocando recientemente unos resultados que distorsionan la proporcionalidad, veámoslo cruzando los datos de población comenzando por las provincias más pobladas.

Como vemos, tras la reforma de la LECM operada por la Ley 8/1998, de 19 de noviembre, que además eliminó el número de cinco escaños se atribuían automáticamente a cada provincia, se produjo un cierto reequilibrio entre población electora y escaño, que ha beneficiado a las provincias menos pobladas (Cuenca y Guadalajara) en detrimento de las más pobladas (Toledo y Ciudad Real), en un ejercicio loable de solidaridad regional bien entendida.

Los efectos, como es natural, corrigieron el mayor costo de escaños en votos que se producía en las provincias más pobladas:

Provincia	Habitantes (datos de 2006)	Nº de escaños asignados por la LECM	Nº Habitantes representados por escaño
Albacete	387.658	10	38.766 (35.863 antes de 1998)
Ciudad Real	506.864	11	46.078 (40.725 antes de 1998)
Cuenca	208.616	8	26.077 (29.596 antes de 1998)
Guadalajara	213.505	7	30.500 (25.523 antes de 1998)
Toledo	615.618	11	55.965 (42.550 antes de 1998)
TOTAL CLM	1.932.261	77	41.112 (en el caso de no existir circunscripciones provinciales y que toda la región fuera circunscripción única)

Creemos que con la reforma de 1998 se dio cumplimiento a la exigencia constitucional de “asegurar la representación de las diversas zonas del territorio” (art. 152.1 CE), atenuando en parte los efectos distorsionadores debidos a las diferencias de población entre las diferentes provincias, pero sobre todo con la supresión del número de escaños atribuidos automáticamente a las cinco provincias.

La situación descrita, sin embargo, ha cambiado muy recientemente. Las cifras de población que hemos utilizado son las resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2006 y declaradas oficiales por el **Real Decreto 1627/2006, de 29 de diciembre**. El imparable crecimiento de Guadalajara ha hecho que esta provincia deje de ser la menos poblada de la región y haya superado en población durante 2006 a la provincia de Cuenca, que confirma su estancamiento poblacional. La consecuencia es inmediata: si hay más población, también debería haber más Diputados. El asunto se ha planteado muy recientemente, en los primeros meses de 2007, pero su resolución definitiva, y a pesar de la objetividad de los datos, se ha pospuesto una vez se celebren las elecciones autonómicas de mayo de 2007. Aumentar la representación de Guadalajara en un Escaño supondría tener un núme-

ro par de Diputados autonómicos, con la correspondiente posibilidad de un empate. Por ello, intuimos que la reforma supondrá también aumentos en otras provincias, dando lugar nuevamente a las tensiones provincialistas que subyacen siempre en esta Comunidad autónoma.

4. El procedimiento electoral

La LECM dedica su Título V al Procedimiento electoral, repitiendo en este sentido toda la minuciosidad y la casuística de la LOREG, aunque a efectos de sistemática se pueden diferenciar cinco momentos centrales dentro del proceso electoral: La convocatoria de elecciones, la presentación de candidaturas y la proclamación de candidatos; la campaña electoral; la votación y el escrutinio y la proclamación de candidatos electos, como veremos a continuación.

a) La fase preliminar: la convocatoria de elecciones

La convocatoria de elecciones es el mecanismo mediante el cual se señala la fecha en la que habrán de celebrarse las elecciones y se pone en marcha todo el proceso electoral. El art. 19 de la LECM introduce pocas novedades respecto a lo que ya prefiguraba la D.T. 1ª del EACM'82 (art. 39.1.b) EACM'07): La convocatoria de elecciones se efectúa mediante Decreto del Presidente de la Junta de Comunidades (se elimina con la reforma de 1998 el previo acuerdo con el Gobierno de la Nación). Este Decreto se publica en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y se difunde en los medios de comunicación social de la Región. El Decreto de convocatoria fijará la fecha de las elecciones y la fecha de la sesión constitutiva de las Cortes de Castilla-La Mancha, que tendrá lugar dentro de los veinticinco días siguientes al de la celebración de las elecciones. Cuando se trate de convocatoria de elecciones por finalización de la legislatura ordinaria, la convocatoria habrá de hacerse 54 días antes al cuarto domingo de mayo, fecha de celebración de las elecciones autonómicas en todo el Estado, con la excepción de las nacionalidades históricas.

Como muestra, y dado que estamos de lleno en el inicio de un proceso electoral, debemos señalar que el Decreto 21/2007, de 2 de abril de convocatoria ha sido publicado en el DOCM nº 70, de 2 de abril de 2007 y en el BOE de 3 de abril de 2007. De conformidad con el artículo 19.4 de la LECM, que establece la obligación de difundir este Decreto, en el mismo el Presidente regional convoca elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha, que se celebrarán el domingo 27 de mayo de 2007. El Decreto, en su art. 3, establece que la campaña electoral, que ha de tener una duración de quince días, comenzará a las cero horas del

día 11 de mayo, finalizando a las veinticuatro horas del día 25 de mayo. Asimismo, recoge que la sesión constitutiva de las Cortes de Castilla-La Mancha tendrá lugar a las 11.00 horas del día 19 de junio de 2007.

b) La presentación de candidaturas y la proclamación de candidatos. La alternancia en las listas entre hombres y mujeres, la “paridad” electoral castellano-manchega. La declaración del patrimonio personal de los candidatos.

En lo que se refiere a la presentación de candidaturas hay que destacar el agravamiento de las condiciones exigidas respecto a las agrupaciones de electores, que para presentar candidaturas a la Junta Electoral Provincial necesitarán, al menos, la firma del 1% de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción (art. 22.2 LECM). Ello supone la confirmación del monopolio de los partidos políticos en el proceso electoral.

El art. 20 de la LECM prevé la necesidad de que, con carácter general, los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que pretendan concurrir a las elecciones, designen a las personas que deban representarlos ante la Administración Electoral, como representantes generales o de candidaturas.

El representante general designará mediante escrito presentado ante la Junta Electoral de Castilla-La Mancha y antes del undécimo día posterior al de la convocatoria, los representantes de las candidaturas que su partido, federación o coalición presenten en cada una de las circunscripciones electorales y sus respectivos suplentes (art. 21.2 LECM).

Es frecuente afirmar que las listas cerradas y bloqueadas generan una fuerte dependencia del candidato respecto de las élites del partido, en detrimento de su relación con los electores. En esta polémica entre listas abiertas o cerradas, el legislador autonómico optó por las listas cerradas y bloqueadas, que excluyen cualquier influencia del elector en la designación personal del candidato, otorgando todo el protagonismo al partido. Ni el legislador estatal ni el autonómico cuestionaron este sistema, reconociendo con ello que el elector vota al partido y no a la persona.

No se establece en la legislación electoral castellano-manchega ningún tipo de exigencias económicas ni limitaciones por el hecho de haber obtenido representación en anteriores comicios, de forma que a las agrupaciones de electores se les exige solamente (art. 22.2 LECM) la firma del 1% de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción para poder presentar candidaturas.

La presentación de candidaturas habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción, y además tres candidatos suplentes, con expresión del orden de colocación de todos ellos. (art. 23.1 LECM).

Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes (art. 23.1 bis LECM). Estamos ante el efecto más llamativo de la mal llamada “ley de paridad”, que como vemos no es sino una exigencia añadida por la Ley 11/2002, de 27 de junio, respecto a la proclamación de candidaturas. El legislador castellano-manchego quiso que las listas alternasen hombres y mujeres. Obviamente, no ocultaremos que nos encontramos ante una de las medidas legislativas más llamativas de cuantas se adoptaron en Castilla-La Mancha. En primer lugar, porque esta Comunidad fue pionera en legislar sobre este tema; en segundo lugar, porque la medida originó un debate de repercusión estatal. No disponemos de espacio para analizar más profundamente esta medida; únicamente diremos que existen muchos otros ámbitos en los que garantizar la igualdad no sólo ya entre los hombres y mujeres, sino en todo lo referido a prestaciones y nivel de servicios con el resto de zonas del Estado. La medida, con todo, ha acabado siendo adoptada por el legislador estatal en la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres** (BOE del 23), que contiene varias modificaciones de la LOREG (arts. 187.2; 201.3 y D.A. 1^a.2). Lo más destacado es la introducción de un nuevo art. 44 bis, según el cual:

“1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes elec-

torales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico».

Volviendo a la presentación de candidatos, el art. 23.2 y 3 de la LECM prevé que el escrito de presentación de cada candidatura debe expresar claramente la denominación, siglas y símbolos del partido, federación, coalición o agrupación que la promueve, así como el nombre y apellidos de los candidatos incluidos en ella, siendo de significar que, en su caso, junto al nombre de los candidatos puede hacerse constar su condición de independiente o, en caso de coaliciones electorales, la denominación del partido al que cada uno pertenezca. No pueden presentarse candidaturas que en la denominación, siglas o símbolos que figurarán en la papeleta de votos reproduzcan los símbolos, la bandera o el escudo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (art. 23.4 LECM). Se trata de una traslación de la exigencia existente a nivel estatal de no apropiarse de los símbolos del Estado (bandera e himno) por parte de ningún partido político.

Las candidaturas presentadas deben ser publicadas en el DOCM 22 días después al de la convocatoria, que viene a ser una especie de “dies ad quem”. Además, las de cada circunscripción electoral serán expuestas en los locales de las respectivas Juntas Provinciales. Las Juntas Electorales Provinciales realizan la proclamación de candidatos 27 días después al de la convocatoria, publicándose al vigésimo octavo día posterior al de la Convocatoria en el DOCM y además, las de cada circunscripción deberán ser expuestas en los locales de la respectiva Junta Electoral Provincial (art. 24 LECM).

La Ley 11/2002, de 27 de junio también añadió a la LECM el art. 24 bis relativo a la declaración del patrimonio personal de los candidatos electos una vez proclamados. Se trata de una medida destinada a garan-

tizar la “transparencia” de aquellos ciudadanos que después van a solicitar el voto de los castellano-manchegos, transparencia que se cotejará al final, y que se hará pública, para que no quepa la menor duda de que en la región castellano-manchega ser político no es una vía para enriquecerse. Este artículo impone a los candidatos, una vez proclamados por las Juntas Electorales Provinciales, el deber de presentar a la Mesa de las Cortes en el plazo de 31 días desde la convocatoria de elecciones, una declaración de bienes, rentas y actividades, según el modelo oficial, elaborado por la Mesa de las Cortes, que se publicará en un anexo del Decreto de convocatoria de cada proceso electoral. La declaración expresará los siguientes extremos: declaración de actividades de naturaleza laboral, económica o profesional; declaración de todo tipo de bienes, rústicos, urbanos, saldos, e incluso vehículos; y declaración de rentas, donde se especificarán los rendimientos anuales, referidos a los cinco últimos ejercicios, percibidos por cualquier concepto con indicación de su procedencia, tanto los que deriven del trabajo personal, de los bienes muebles e inmuebles, valores mobiliarios, actividades empresariales, profesionales, artísticas, becas, subvenciones, indemnizaciones, así como de cualquier otra índole o precedencia.

En aplicación de lo que acabamos de decir, el Decreto 21/2007, de 2 de abril de convocatoria de las elecciones a Cortes regionales de 2007 recoge una disposición adicional única que indica que *“de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 bis de la LECM, se publica como anexo del Decreto el modelo oficial, elaborado por la Mesa de las Cortes, de la declaración de bienes, rentas y actividades que los candidatos, una vez proclamados por las Juntas Electorales Provinciales, deben presentar ante dicha Mesa antes del día trigésimo primero posterior a la convocatoria”*.

Las candidaturas no pueden ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades previsto en el artículo anterior, y sólo por fallecimiento o renuncia del titular o como consecuencia del propio trámite de subsanación. Las bajas que se produzcan después de la proclamación se entenderán cubiertas por los candidatos sucesivos, y, en su caso, por los suplentes (art. 25 LECM).

c) La campaña electoral. El problema de las “precampañas”.

La campaña electoral es el período de tiempo fijado por la ley en el que los candidatos llevan a cabo una serie de actividades para captar el voto de los electores. La campaña se define en el art. 26 LECM como el *“Conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios”*,

definición nada original por cuanto repite miméticamente la formulada por el art. 50.2 de la LOREG.

La campaña comienza en la fecha establecida por el Decreto de Convocatoria, extendiéndose por un plazo que oscila entre 15 y 21 días, debiendo finalizar, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación, que queda como “jornada de reflexión” (art. 27.2 LECM). Sin embargo, y dada la matemática periodicidad de las elecciones autonómicas de las CCAA del 143, se plantea la cuestión de las actividades realizadas durante el llamado “período de precampaña”, que si bien no tiene existencia jurídica como tal, *de facto*, existe, y abarca las semanas e incluso los meses previos a la contienda electoral. Durante el período de precampaña se despliegan los mismos medios que durante la campaña, sin más limitación que la de no solicitar explícitamente el voto. Ni la LOREG ni la LECM se refieren a la precampaña, aunque la Administración electoral se declaró competente en relación con las actividades desarrolladas por los partidos políticos antes del inicio de la campaña electoral (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 28 de octubre de 1985).

La campaña electoral es una parte importante, pero no decisiva, del proceso electoral, de ahí que su regulación jurídica se hiciese necesaria, aunque la eficacia de buena parte de la regulación sea más que dudosa como consecuencia, entre otros motivos, de las técnicas propagandísticas tan cambiantes propias de la economía de mercado. El primer bien jurídico objeto de protección por la LECM es la libertad de protección del ciudadano, que no debe verse más condicionado de lo que lo pueda estar ante cualquier producto del mercado. Dando por supuesto un elector maduro, la única manera de evitar coacciones o engaños es admitir una oferta ilimitada que sea presentada en igualdad de condiciones, que es el segundo bien que hay que proteger: así el sujeto no es sólo el elector, sino la candidatura y la agrupación o partido que la ampara.

d) La neutral campaña institucional

Un último aspecto de la campaña que debe mencionarse es la existencia de publicidad institucional durante la campaña electoral. En todas las elecciones producidas en el Estado español, bien por la inicial escasa formación electoral de la población, bien por la no obligatoriedad de la emisión del voto, es particular la realización de publicidad por parte de las instituciones convocantes del proceso, denominada por ello publicidad (o campaña) institucional. La campaña está destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de votación, el procedimiento para votar y los requisitos del trámite del voto por correo.

El art. 27.3 LECM permite realizar al Consejo de Gobierno este tipo de publicidad cuando se destine “*a informar y fomentar la participación de los electores en la votación*”, sin influir en la orientación del voto. Podemos también considerar publicidad institucional lo dispuesto en el art. 19.4 LECM, al que ya aludimos, respecto a la difusión del Decreto de convocatoria de elecciones en Castilla-La Mancha en los medios de comunicación social de la Región.

Según la Junta Electoral Central, en Acuerdo de 12 de septiembre de 1978, es válida y legítima la alusión al deber cívico de ejercer el derecho de sufragio, sin que pueda comportar identificación con otros mensajes partidistas. A estos efectos queda prohibida la utilización por los partidos políticos, coaliciones o agrupaciones que concurren en las elecciones los slogans, símbolos o carteles utilizados para la campaña institucional. Las campañas institucionales que realicen los poderes públicos deben observar escrupulosamente el principio de objetividad con el que la Administración sirve a los intereses generales (art. 103 CE). La praxis posterior, como lo demuestran las campañas institucionales de los recientes Estatutos catalán y andaluz, se ha mostrado todavía más severa respecto a las campañas institucionales. Como es natural, este tipo de propaganda electoral no plantea problema alguno, pero sí aquella que desde las Administraciones públicas se lleva a cabo mostrando las realizaciones y los *logros* públicos de forma desacostumbrada y normalmente durante el período de precampaña.

e) La fase de votación

En cuanto a la votación, queda dentro del ámbito de la Ley Estatal todo lo relacionado con el voto por personación ante la mesa electoral. La única referencia que la LECM hace a la votación se refiere al voto por correo, en el art. 34, totalmente superfluo por cuanto se contiene una remisión a la LOREG.

f) La fase de escrutinio y la proclamación de candidatos electos.

Terminada la votación comienza, acto seguido, el escrutinio, que es un acto único que tiene carácter público. Las Juntas Electorales Provinciales son las competentes para la realización de todas las operaciones de escrutinio general en el ámbito de su circunscripción.

En materia de recursos frente a las resoluciones de las Juntas Electorales Provinciales, la LECM hace de nuevo una remisión a la LOREG en el art. 42.

Finalizado el escrutinio, la Junta Electoral Provincial extenderá por triplicado, el acta de proclamación de electos, archivando un ejemplar. Remitirá el segundo a las Cortes Regionales y el tercero de la Junta Electoral de Castilla-La Mancha que, en el plazo de 15 días, procederá a la publicación en el “Diario Oficial de Castilla-La Mancha” de los resultados generales y por circunscripciones, sin perjuicio de los recursos presentados.

El escrutinio en las Mesas Electorales se rige por lo dispuesto en el artículo 95 y siguientes de la LOREG, a los que nos remitimos.

5. La utilización de los medios de comunicación de titularidad pública. Referencia a los medios de comunicación social de la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha.

Estamos en presencia de una cuestión cuya regulación legal suscitó en todo momento mayor controversia política; no en vano, su trascendencia sobre los resultados electorales está fuera de toda duda, y puede ser considerada también como una forma de financiación pública indirecta de los partidos políticos, y que ha adquirido mayor relevancia política en los últimos años. Los medios de comunicación de masas, y muy especialmente la televisión, han adquirido un papel central en el desarrollo de cualquier campaña electoral, a través del otorgamiento de espacios gratuitos en la radio y la televisión públicas, pues a nivel estatal la LOREG, prohíbe las campañas electorales en emisoras privadas de televisión, una medida que resulta extrema en el Derecho comparado.

A nivel autonómico, la LECM, en su Capítulo IV, utiliza adecuadamente los criterios de proporcionalidad y pluralismo político, de forma que establece tres grupos en atención a la fuerza electoral demostrada en anteriores elecciones y en su concurrencia en las cinco provincias castellano-manchegas.

Según el artículo 30 LECM:

“1. La distribución de tiempo gratuito de propaganda electoral en cada medio de comunicación de titularidad pública y en los distintos ámbitos de programación dependientes de los mismos se efectuará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Treinta minutos para los partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores que hubieran alcanzado un porcentaje de voto superior al 20% del Censo Electoral de la Comunidad Autónoma en las anteriores elecciones autonómicas o dispongan, en el momento de la convocatoria electoral, de una representación parlamentaria en las Cortes de Castilla-La Mancha superior al 15 % de los Diputados.

b) *Veinte minutos para los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que hubieran alcanzado un porcentaje de voto entre el 10 y el 20% del Censo Electoral de la Comunidad Autónoma en las anteriores elecciones autonómicas o dispongan, en el momento de la convocatoria electoral, de una representación parlamentaria inferior al 15% de los Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

c) *Diez minutos al resto de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que se presenten a las elecciones.*

2.- *El derecho a los tiempos de emisión gratuita, referenciados en el apartado anterior sólo corresponde a aquellos partidos, federaciones y coaliciones que presenten candidaturas en las cinco provincias de la Comunidad Autónoma.*

3.- *El momento y el orden de su intervención serán determinados por la Junta Electoral de Castilla-La Mancha, teniendo en cuenta las preferencias de aquellos en función del número de votos y/o Diputados que obtuvieron en las anteriores elecciones”.*

La LECM opta por una forma de distribución de tiempo gratuito de propaganda electoral en cada medio de titularidad pública; una fórmula que combina el criterio del número de votos de cada partido o coalición en las anteriores elecciones equivalentes con el número de circunscripciones en que presenten candidaturas las respectivas formaciones políticas. Este sistema prima de modo sensible a las formaciones políticas que mayor apoyo del cuerpo electoral obtuvieron en las elecciones precedentes, lo que desde luego, y dada la trascendencia de la utilización de los medios públicos de comunicación (en especial, de la televisión), representa un importante mecanismo de fortalecimiento del *status quo* político-parlamentario y, a la par, un factor discriminatorio de dudoso encaje con la previsión constitucional del artículo 23.2 CE.

La diferencia máxima a la que se llega con este reparto de tiempo es de 1 a 3, diferencia que no es muy exacta por defecto, ya que perjudica a las fuerzas mayoritarias, siendo suficiente para acentuar las diferencias reales, teniendo en cuenta también que la franja horaria de emisión contribuye también a expresar más claramente las diferencias reales que el electorado se encargó de manifestar con claridad.

La autoridad competente para la distribución de los espacios gratuitos de propaganda electoral que se emitan por los medios de comunicación públicos es la Junta Electoral de Castilla-La Mancha (art. 29 LECM), aunque ésta disponga la emisión a propuesta de una Comisión de Control, designada por la propia Junta Electoral e integrada por un representante de cada partido, federación, coalición o agrupación que concurra a las elecciones y tenga representación en las Cortes Regionales. Es de

señalar, sin embargo, que los acuerdos de esta Comisión se adoptan con arreglo a un voto ponderado de sus representantes, voto que obviamente se pondera de acuerdo con la composición de la Cámara.

Debemos señalar únicamente que la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, en uso de sus legítimas competencias, decidió crear sus propios medios de difusión social. A nivel de regulación, y por tener el carácter de medios de titularidad pública, citaremos la **Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación de la Radio Televisión de Castilla-La Mancha** (DÓCM de 1 de junio de 2000), pronto modificada por las Leyes 6/2001, de 24 de mayo, (DOCM de 25 de mayo de 2001) y 4/2002, de 4 de abril (DOCM del 15).

6. Gastos y subvenciones electorales.

Al igual que sucede en cualquier asociación, los partidos políticos se nutrieron tradicionalmente de las contribuciones de sus afiliados, en forma de cuotas periódicas, de las donaciones esporádicas de seguidores y simpatizantes, así como –y esto es lo específico de los partidos- de las aportaciones dinerarias de grupos de interés o de presión. Las democracias de masas exigieron una remodelación de las estructuras organizativas partidistas y una ampliación de sus recursos humanos y económicos sin precedentes. Cualquier campaña electoral conlleva un esfuerzo de movilización de medios que resultaría imposible con un presupuesto holgado. No existe candidato con patrimonio suficiente ni fondo procedente de las cuotas de afiliación capaz de poder hacer frente a los gastos de un partido político de ámbito nacional.

Junto a esta “escasez pecuniaria”, el papel central que los partidos políticos juegan en las democracias actuales, llevó a concluir sobre la necesidad de otorgar una financiación pública a los partidos políticos. Todos los Estados occidentales optaron por la vía de la financiación pública y la regulación de la financiación privada. Los fines que se persiguen son:

- 1) Garantizar unos recursos mínimos a todas las formaciones políticas que posibiliten cierta igualdad dentro de la competencia interpartidista;
- 2) Favorecer la independencia de los partidos políticos frente a grupos de interés y grupos de presión que con su ayuda, si la prestan, hipotecan la libre decisión de los partidos;
- 3) Dotar a la actividad política de una credibilidad y de una transparencia en materia de ingresos y gastos.

Por ello desde mediados de los años sesenta (Suecia, 1966; Alemania, 1967; Dinamarca y Finlandia, 1969; Noruega, 1970; EEUU, Canadá e Italia, 1974, etc.) las democracias occidentales acabaron admitiendo la financiación pública de los partidos políticos y el consiguiente control del gasto de los mismos. En el Estado español, una de las características principales del sistema electoral, tanto estatal como autonómico, es la limitación legal de los gastos electorales, esto es, de los que realizan las formaciones políticas participantes en las elecciones desde el día de la convocatoria hasta la celebración de las elecciones. A nivel estatal existe una Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos. Esta Ley prevé dos fuentes de financiación de los partidos políticos; una, de carácter público, constituida por las subvenciones previstas en la legislación electoral por gastos de ese carácter, las subvenciones a los grupos parlamentarios y las subvenciones anuales que con cargo al presupuesto contempla esta Ley, que se distribuyen en función del número de escaños y votos obtenidos en las últimas elecciones al Congreso de los Diputados. Junto a la financiación pública se contemplan también las vías de financiación privada: las cuotas de los afiliados, el producto de sus actividades, los rendimientos de su patrimonio, los créditos que concierten, y las aportaciones de personas físicas o jurídicas, que se someten a ciertos requisitos y límites, con la finalidad de evitar corruptelas o financiación ilegal. Así, las aportaciones de una misma persona física o jurídica no pueden superar los 10 millones de pesetas (hoy, 60.101,21) al año y quedan prohibidas las aportaciones procedentes de empresas públicas, Gobiernos u organismos públicos extranjeros y las de aquellas empresas que presten servicios o lleven a cabo obras para cualquier Administración. La Ley de financiación de partidos prevé también una serie de obligaciones contables.

Descendiendo a la regulación autonómica en Castilla-La Mancha, el Título VI de la LECM es el dedicado a los gastos y subvenciones electorales. En primer lugar, el art. 45 de la LECM impone a los partidos la obligación de tener un Administrador Electoral General, el cual responderá de todos los ingresos y gastos electorales realizados por partidos, federación, coalición o agrupación de electores y por sus candidaturas, así como de la correspondiente contabilidad. Esta figura se complementa en el art. 46 LECM con el Administrador Electoral Provincial, que será responsable de los ingresos y gastos de la contabilidad correspondiente de la candidatura en la circunscripción provincial.

Ningún partido o coalición electoral puede realizar gastos electorales que superen los límites legales, que la LECM establece en la cuantía que resulte de multiplicar por 55 pesetas constantes (hoy, 0,33) el núme-

ro de habitantes correspondientes a la población de derecho de las circunscripciones donde presenten sus candidaturas (art. 52.1 LECM). La cuantía actualmente formulada proviene de la reforma de 1998, que introdujo el criterio económico de las “unidades monetarias constantes”, es decir, que mediante un cálculo económico se pueda saber el valor constante del dinero, calculando las oportunas depreciaciones, y sin que la cuantía haya de ser revisada constantemente a través de la correspondiente norma con rango de ley.

Dejando de lado la cuestión de si conviene o no establecer una limitación al gasto que realizan los partidos políticos, lo que realmente resulta problemático es la realización de un control riguroso del gasto por parte del Tribunal de Cuentas (art. 53 LECM), y ello por las siguientes razones: En primer lugar, porque el propio art. 130 de la LOREG, al querer pormenorizar excesivamente los diferentes conceptos, abrió amplios márgenes de indeterminación. En segundo lugar, por la facilidad con la que se pueden eludir los plazos dentro de los cuales los gastos se consideran electorales. Y en tercer lugar, porque con frecuencia el personal que en los partidos llevan su propia contabilidad carece de competencia técnica y de los medios para llevarla y presentarla cumpliendo los requisitos exigidos. Y finalmente, porque aparecen implicadas multitud de personas jurídicas cuyo concurso, a efectos del preceptivo control, no siempre se obtiene en las condiciones debidas.

Estas especificaciones se complementan con una serie de restricciones adicionales que se orientan tanto a impedir que fondos públicos puedan dedicarse a la financiación de un determinado partido político, como a imposibilitar la excesiva dependencia -por la vía de la financiación- de una formación política respecto a una persona física o jurídica. A tal efecto, la LECM (art. 45) obliga a toda formación que presente candidaturas en más de una provincia a contar con un Administrador Electoral General (además de un Administrador Electoral Provincial en cada provincia en que presente candidatos), que responde de todos los ingresos y gastos electorales y de la correspondiente contabilidad. Igualmente, se establece en el art. 49 LECM la obligación legal de que todos los fondos destinados a sufragar los gastos electorales se ingresen en unas cuentas específicas abiertas para la recaudación de fondos.

En conjunto, la materia relativa a los gastos y subvenciones electorales tiene su núcleo relevante en la regulación de los límites y los criterios establecidos por la norma para la percepción de las subvenciones públicas, y a este respecto, la LECM se mantiene dentro de unas magnitudes y hace uso de unos criterios perfectamente razonables que no merecen mayor comentario.

En contrapartida a las anteriores limitaciones, la LECM establece en su art. 50 (redacción de 1998) el principio de subvención por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de los gastos ocasionados a los partidos por su concurrencia a las elecciones, con las siguientes cuantías:

- a) Por escaño obtenido, un millón quinientas mil pesetas constantes (hoy, 9.015,18 € constantes).
- b) Por voto conseguido en la circunscripción cada candidatura que haya obtenido al menos un escaño, setenta pesetas constantes (hoy, 0,42 € constantes).

Además, la Comunidad Autónoma castellano-manchega subvenciona a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas o de propaganda y publicidad electoral, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) 20 pesetas constantes (hoy, 0,12 € constantes) por elector en cada una de las circunscripciones en las que hayan presentado candidatura, siempre que ésta haya obtenido, al menos, un escaño.
- b) La cantidad subvencionada por el envío y confección de la documentación remitida no estará incluida en el límite previsto en el artículo 52.1 de LECM, siempre que se haya justificado la realización efectiva de la actividad a que se refiere este apartado.

En el art. 50.3 LECM se establece un límite: Las subvenciones electorales recibidas por cada partido, federación, coalición o agrupación de electores no podrán sobrepasar, en ningún caso, la cifra de gastos electorales declarados justificados por la Sindicatura de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora. En el supuesto de que los ingresos electorales habidos para la campaña electoral superaran los gastos electorales, la propia LECM contiene una cuasi-sanción, aunque muy poco concreta y expresada con mucha vaguedad: la diferencia se detraerá de las aportaciones que correspondiera hacer con su financiación pública, sin que se especifique con qué procedimiento o a qué órgano corresponderá hacer dicha detracción.

En aplicación de la legislación anterior, y para las elecciones de mayo de 2007, el Decreto 22/2007, de 03 de abril de 2007, por el que se establece el límite máximo de los gastos electorales a realizar por los grupos políticos que se presenten a las elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha dispone que *“los grupos políticos que concurran a las elecciones a*

Cortes de Castilla-La Mancha del 27 de mayo de 2007 no podrán realizar, en las circunscripciones donde presenten sus candidaturas, gastos electorales superiores a los siguientes importes:

Circunscripción electoral	Población de derecho	Euros habitante	Límite de gastos en la circunscripción
ALBACETE	387.658	0,43	166.692,94 euros
CIUDAD REAL	506.864	0,43	217.951,52 euros
CUENCA	208.616	0,43	89.704,88 euros
GUADALAJARA	213.505	0,43	91.807,15 euros
TOLEDO	615.618	0,43	264.715,74 euros

En los términos establecidos en el artículo 50.2.b) de la LECM, las cantidades subvencionadas por la Comunidad Autónoma a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, por la confección y envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral, no estarán incluidas en los límites previstos en el apartado anterior.

C. LA DESIGNACIÓN DE SENADORES POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA.

La Configuración actual del Senado español no responde a ningún modelo histórico. Su inspiración proviene, como el sistema electoral, de la Ley para la Reforma Política de 1976. De acuerdo con el art. 69.1 CE, el Senado es la Cámara de representación territorial; sin embargo, esta calificación resulta sumamente cuestionable si se tiene en cuenta que los miembros integrantes de esta Cámara son de dos tipos: de una parte, los senadores elegidos directamente sobre la base de la circunscripción provincial; de otra, los senadores designados por las Comunidades Autónomas, grupo este al que nos referiremos. Sin embargo, podemos adelantar ya que el Senado no fue concebido como una cámara de representación de las Comunidades Autónomas, máxime cuando no se esperaba la generalización de las mismas, por lo cual se puede considerar ilógica la propia disposición constitucional. La evolución posterior del proceso autonómico, con la extensión del mismo a la totalidad del territorio nacional, resulta también un desfase en relación a la regulación constitucional del Senado, por lo que se viene criticando la configuración del Senado tanto en un principio como en la actualidad; en el primer caso, por denominar territorial a una Cámara que no sólo no respondía a su calificativo en la composición, sino por no esperar tan masiva aparición de Comunidades Autónomas, y en el segundo, porque ocurrido este último fenómeno, tampoco se adecua al mismo. Podemos

hablar sin reparo de infrarrepresentación de las Comunidades Autónomas en el Senado, ya que los senadores elegidos por la Comunidad Autónoma constituyen una minoría frente a los elegidos directamente con base provincial.

La regulación constitucional de los senadores de representación territorial, contenida en el art. 69.5 CE, es bastante sucinta, y puede esquematizarse del siguiente modo:

- Cada Comunidad Autónoma designará por lo menos un Senador, y otro por cada millón de habitantes de su respectivo territorio.
- La designación del Senador o senadores que correspondan debe efectuarse por la Asamblea legislativa o, en su caso, el órgano colegiado superior de la respectiva Comunidad Autónoma.
- El procedimiento de designación deberá ser el establecido por el respectivo Estatuto de Autonomía, que no tiene otro límite que el de que la designación responda a un sistema proporcional en relación con los grupos de la Cámara legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Mediante una fórmula tan abierta como esta, se arbitra una segunda vía de acceso a la condición de parlamentario que, a diferencia de la anterior, no requiere un previo triunfo electoral. Como puede advertirse, la Constitución remite a los Estatutos la manera de “designar”, que no elegir a estos senadores, con la única exigencia de que se asegure la adecuada representación proporcional, se supone que en relación con los grupos parlamentarios existentes en el Parlamento Autonómico, aunque esto no lo indica la Constitución. La razón explicativa de tan singular vía hay que buscarla en el propio proceso de génesis constitucional, con la pretensión de hacer del Senado una cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), que encontraría su justificación en esta facultad otorgada a las CCAA de designar cierto número de senadores, de manera que pudiesen, aunque fuera parcialmente -dada la reducida proporción de estos en la composición de la Cámara-, participar en la potestad legislativa central a través de la Cámara Alta.

De predicarse cierta representatividad territorial de los mandatos senatoriales, ésta sólo parece acertada respecto de quienes fueron directamente designados por la Comunidad Autónoma. Conviene, pues, detenerse en el estudio de la relación de designación a través de la cual se pretende, por lo menos normativamente, la reconducción de elementos descentralizados en la formación de la voluntad central del Estado. En este sentido, la facultad de designación se agota con el acto mismo

de su ejercicio. Este efecto impediría de entrada toda vinculación jurídica de los senadores autonómicos con las Asambleas designantes, de manera que técnicamente no cabrían ni una eventual revocación anticipada de sus mandatos ni, mucho menos, su sujeción a instrucciones autonómicas que los convirtiesen en delegados institucionales de las CCAA en la Cámara Alta. Y ello no puede ser de otro modo, ya que los designados están llamados a integrarse en un órgano constitucional distinto -las Cortes Generales-, adquiriendo una específica condición jurídica, la de Senador, sobre la que recae directamente la prohibición constitucional de mandato imperativo (art. 67.2 CE).

La falta de simultaneidad entre la legislatura senatorial y la de los Parlamentos autonómicos dio lugar, entre otros, al problema de determinar si los Senadores comunitarios debían permanecer o cesar en sus cargos cuando finalizase la legislatura de la Asamblea que los nombró o, por el contrario, su mandato sólo expiraba con el término de la legislatura de la Cámara Alta. En la Constitución nada se decía a propósito del período de mandato de este tipo de Senadores. El art. 69.6 CE prescribe que el Senado es elegido por cuatro años, lo que suscita la duda de si este límite afecta también a los Senadores de designación autonómica, que no son elegidos, sino designados. La cuestión, en términos políticos, implicaba una auténtica determinación del alcance real de la autonomía política de las CCAA.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 36, de 12 de noviembre de 1981 (recurso contra la Ley del Parlamento Vasco sobre designación de Senadores) entendió que nada impedía que el período de mandato fuera diferente, dado que los senadores provinciales son elegidos y los de las Comunidades Autónomas designados y puede perfectamente no coincidir el período de mandato.

El art. 9.2 e) del EACM'82 recoge sucintamente esta designación de senadores, limitándose a reflejar las previsiones constitucionales:

“(...)2. Compete a las Cortes de Castilla-La Mancha:

(...) e) Designar para cada Legislatura de las Cortes de Castilla-La Mancha, atendiendo a criterios de proporcionalidad, a los Senadores representantes de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo previsto en el Artículo 69, apartado 5, de la Constitución”. (Precisamente a este apartado se le dio nueva redacción en 1997. En la redacción de 1983 se condicionaba la legislación a la legislatura de las Cortes Generales).

Como desarrollo de esta previsión, se dictó la **Ley 4/1985, de 26 de junio de Designación de Senadores** -en adelante, LDS- (DOCM nº

29, de 23 de julio de 1985), modificada posteriormente por Ley 3/1987, de 7 de abril de 1987, que añadió el art. 8.3 y por la Ley 9/1995, de 26 de diciembre de 1995, que introdujo una reforma más amplia precisamente en lo relativo a las condiciones de elegibilidad y duración del mandato. El Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 1997, por su parte, remite expresamente la cuestión de la designación de senadores a su normativa específica.

La determinación del número de senadores que corresponde designar al Parlamento castellano-manchego plantea una duda que podemos llamar *numérica*, derivada de la ambigüedad de la redacción constitucional; duda que el Estatuto manchego no resuelve y que se plantea de igual manera en todas las Comunidades Autónomas. Como veíamos, el art. 69.5 CE señala que “*las Comunidades Autónomas designarán además un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio*”; de esta norma resulta la duda del tratamiento que haya de darse a los restos de población que no alcancen la cifra del millón. En el caso de Castilla-La Mancha, el problema se centra en saber si, además del Senador que de entrada le corresponde, puede designar 1 ó 2 más, ya que su población se acerca a los dos millones de habitantes, habiendo experimentado un lento pero progresivo crecimiento en los últimos años (1.932.261 habitantes a 1 de enero de 2006). Sin embargo, la Constitución habla de millón de habitantes completo, sin hacer referencia a los restos, por lo que a Castilla-La Mancha le corresponden tan solo 2 senadores (uno de forma automática y el otro por tener completo un millón de habitantes).

Este mismo problema se planteó en su momento por el Parlament de Catalunya en un supuesto muy similar (Catalunya poseía en 1981 una población de 5.956.414 habitantes -hoy supera ya los 6 millones, cifra que se alcanzó en el censo de 1991-), lo que suponía una representación de 6 senadores en el caso de no computarse la fracción, que prácticamente era de un millón de personas, y de 7 en el caso inverso. La cuestión fue objeto de una decisión del Senado en el sentido de considerar ese millón como cifra entera, debiendo despreciarse las fracciones. Tal decisión se adoptó tomando como base un dictamen de los Servicios Jurídicos de la Secretaría General del Senado, de fecha 23 de diciembre de 1982, según el cual el art. 69.5 CE es de aplicación directa y no necesita, dada su claridad, de interpretación ni de desarrollo: la Constitución pretendió fijar de forma directa y clara en número de miembros del Senado, por lo que no cabía dar ninguna consideración a los restos por altos que estos fueran.

La designación de los Senadores en representación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se efectúa por el pleno de las Cortes

Regionales, según el procedimiento establecido en el art. 1 LDS, pudiendo ser elegidos como Senadores de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, las personas mayores de edad que siendo ciudadanos de la Región, y poseyendo la condición de electores, no estén incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad (art. 2 LDS).

El procedimiento de designación es el siguiente (arts. 4 a 7 LDS):

- a) Celebradas las elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha, el Presidente de las Cortes abre un plazo de veinte días a fin de que los grupos parlamentarios puedan proponer candidatos a Senadores.
- b) Transcurridos los veinte días, la Mesa de las Cortes da traslado a la Comisión de Estatuto del Diputado de las candidaturas propuestas. Acto seguido, la Comisión de Estatuto del Diputado, en el plazo de quince días desde la recepción, formula el correspondiente dictamen, en el que consignará si concurren o no causas de inelegibilidad o incompatibilidad. En caso de que en alguno o algunos de los candidatos concurre causa de incompatibilidad, la Comisión de Estatuto del Diputado fijará el plazo en que el candidato, si fuese elegido, debe optar entre el cargo de Senador y el que diere origen a la incompatibilidad.
- c) Emitido el dictamen por la Comisión del Estatuto del Diputado, el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha hará público el nombre de los candidatos, procediendo a la convocatoria del pleno de la Cámara, dentro de los treinta días siguientes a la emisión del dictamen, incluyendo en el orden del día la designación de Senadores. La votación será secreta y única, y se efectuará por papeletas en las que se consignará únicamente el nombre de un candidato.
- d) Realizado el cómputo de la votación, resultarán designados aquellos candidatos que más votos obtengan, siempre que hayan conseguido, como mínimo, la cuarta parte de los votos de los miembros de derecho de la Cámara. Si se produjera empate, resultará designado el candidato que hubiere sido propuesto por el grupo parlamentario con mayor número de Diputados en las Cortes de Castilla-La Mancha. En el supuesto de igualdad de Diputados de los grupos, resultará designado el candidato propuesto por el grupo que hubiere obtenido mayor número de votos en las últimas elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha.
- e) Terminada la votación, el Presidente de las Cortes informará a la Cámara del resultado y lo comunicará a los Senadores designados, requiriéndoles para que acepten la designación ante el pleno de la Cámara. Aceptada ésta, serán proclamados Senadores representantes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Respecto al cese de los Senadores, el art. 8 LDS, según la redacción dada en 1995 que más tarde recogerá el propio Estatuto de Autonomía, establece que “*el mandato de los Senadores elegidos por las Cortes de Castilla-La Mancha tendrá la duración prevista en el Estatuto*”, es decir, el mismo que la Legislatura de las Cortes castellano-manchegas.

III. BIBLIOGRAFÍA

- Atlas electoral de Castilla-La Mancha: 1976-1993 (textos Demoscopia)*; Ed. Cortes de Castilla-La Mancha; 2 Vols.; Toledo, 1994.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl (Director): *Comentarios al Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*; Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas-Instituto de Estudios de Administración Local; Madrid, 1987; 656 págs.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: “A designación de senadores pola comunidades autónoma de Galicia”, en *Estudios sobre o Estatuto Galego*; Ed. Escola Galega de Administración Pública; Santiago de Compostela, 1991; págs. 215 a 234.
- CASTILLA-LA MANCHA. Cortes (I Legislatura; 1985-1987); Memoria de actividades parlamentarias del 31 de mayo de 1983 al 31 de diciembre de 1985; Ed. Servicio de Publicaciones de las Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 1986.
- (II Legislatura; 1987-1991); Memoria de actividades parlamentarias; Ed. Servicio de Publicaciones de las Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 1994.
- (III Legislatura; 1991-1995); Memoria de actividades parlamentarias; Ed. Servicio de Publicaciones de las Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 1996.
- CAZORLA PRIETO, Luis María (Director): *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*; Ed. Civitas; 1ª edición; Madrid, 1986; 2005 págs.
- Código legislativo para Castilla-La Mancha*; Ed. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Consejería de Presidencia; 2ª edición; Toledo, 1990; 1125 págs.
- Código electoral de Castilla-La Mancha 1995*; Ed. Consejería de Administraciones Públicas; Toledo, 1995, 440 págs.
- Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*; Ed. Institut d’Estudis Autònomic. Vols. I y II; Barcelona, 1990; 765 y 852 págs., respectivamente.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, F. Javier (coordinadores): *La justicia constitucional en el Estado democrático*; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2000; 477 págs.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación a la nueva normativa electoral*; Ed. Dykinson, S.L.; Madrid, 1986; 248 págs.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis: “El marco autonómico. Espacio competencial abierto por el Estatuto”, en *Revista Situación*. Serie estudios regionales: Castilla-La Mancha; Ed. Banco Bilbao-Vizcaya; págs. 73 a 86.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo: *Elecciones y Parlamentos: dos siglos de historia en Castilla-La Mancha*; Ed. Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 1993; 322 págs.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos: *Derecho electoral español. Normas y procedimiento*; Ed. Tecnos; Madrid, 1996; 141 págs.

IZQUIERDO COLLADO, Juan de Dios: *Las elecciones de la transición en Castilla-La Mancha*; Vol. 1: Albacete; Tomo 1: 1976-1979; Ed. Instituto de Estudios Albacetenses, CSIC, Confederación española de Centros de Estudios Locales; Serie I-Ensayos Históricos y Científicos; nº 19; Albacete, 1984; 350 págs.

-*Las elecciones de la transición en Castilla-La Mancha*; Vol. 1: Albacete; Tomo 2: 1979-1983; Ed. Instituto de Estudios Albacetenses, CSIC, Confederación española de Centros de Estudios Locales; Serie I-Ensayos Históricos y Científicos; nº 19; Albacete, 1984; 407 págs.

Leyes electorales de las Comunidades Autónomas; Ed. Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Senado; Madrid, 1987; 515 págs.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *Introducción a los partidos políticos*; Ed. Ariel; 1ª edición; Barcelona, 1996; 351 págs.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Derecho Administrativo autonómico de Castilla-la Mancha*; Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Col. Estudios; Cuenca, 2000; 941 págs.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Estudios sobre el Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha*; Ed. Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 1995; 453 págs.

Parlamento y Constitución. Anuario nº 1 (1997); Ed. Cortes de Castilla-La Mancha; Toledo, 2000.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *Los partidos políticos en el sistema constitucional español: prontuario de jurisprudencia constitucional. 1980-1999*; Ed. Aranzadi; Pamplona, 2000; 149 págs.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y GAMBINO, Sergio (Coordinadores): *Formas de Gobierno y Sistemas Electorales*; Ed. Tirant lo Blanch-Universidad de Jaén; Valencia, 1997; 758 págs.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Director): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*; Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas; Col. Legislación y Jurisprudencia; Madrid, 1992; 833 págs.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Una visión institucional del proceso electoral", en *Revista Española de Derecho Constitucional*; nº 39; Madrid, diciembre de 1993.

LA POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Francisco Javier Ramón Sierra

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1
de Guadalajara

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. EL DENOMINADO “PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES”. LA VIS ATRACTIVA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. III.- LA NUEVA SITUACIÓN EXISTENTE TRAS LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. LA ENTIDAD ASEGURADORA COMO PARTE CODEMANDADA JUNTO A LA ADMINISTRACIÓN A QUIEN ASEGUEN. III.A) Los aspectos sustantivos de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre en la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. II.B) La entidad aseguradora como parte codemandada junto a la Administración a la que asegure. El problema del litisconsorcio pasivo necesario III.C) Conclusiones. IV.- PROBLEMAS PRÁCTICOS SUBSISTENTES PESE A LA REFORMA PROVOCADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. LA POSIBILIDAD DE ARTICULAR LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS EXCLUSIVAMENTE FRENTE A LA ENTIDAD ASEGURADORA. DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE. V.- LA RECLAMACIÓN DE LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE DICHAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

RESUMEN

La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos en los que se sustancia la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha provocado innumerables problemas prácticos en el ámbito jurisdiccional, incidiendo de forma sustancial en la determinación de la Jurisdicción competente, dicha problemática ha tratado de ser zanjada por la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, sin embargo, y pese a ello, han seguido subsistiendo problemas de aplicación práctica, tales como el examen de la Jurisdicción competente en el caso de que la acción se ejercite de forma exclusiva frente a la aseguradora de la Administración, así como la determinación de la aplicación a dichas entidades aseguradoras de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. El presente estudio tratará de poner de manifiesto dicha problemática, así como las posibles soluciones al respecto.

I.- INTRODUCCIÓN.

La exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, consagrada en el artículo 106.2 de nuestra Constitución, adquiere día a día un puesto preponderante en los litigios que el particular acciona frente a los tribunales de Justicia. Pues bien, el posicionamiento y la participación de las Entidades Aseguradoras en dichos procedimientos, en los que se sustancia la exigencia de tal responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ha constituido, y constituye, una de las mayores polémicas procesales que desde antaño vienen protagonizándose en nuestro Ordenamiento Jurídico. Tal es así, que dicha participación ha influido de forma sustancial en aspectos procedimentales de importancia capital, como la propia determinación del orden jurisdiccional competente para entrar a examinar la controversia planteada al respecto, siendo, en tal sentido, variante, en función de la doctrina jurisprudencial imperante interpretadora de la normativa vigente, la decisión adoptada al respecto. Dicha cuestión no ha presentado nunca una naturaleza baladí, pues la misma entronca directamente con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española de 1.978.

Ciertamente, los problemas que al respecto se vinieron planteando trataron de ser paliados por la reforma operada, no sólo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también en la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a través de la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, con la que se dejó zanjada, en principio¹, cualquier duda acerca de la determinación del orden jurisdiccional competente para entrar a conocer todas aquellas controversias

que tuvieran por objeto determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, aun cuando la pretensión indemnizatoria se articulara conjuntamente frente a la Administración, presuntamente causante del daño resarcible, como frente a la Entidad Aseguradora, con la que, en virtud del correspondiente contrato de seguro, tuviere, la citada Administración, asegurada la posible responsabilidad, declarándose, al respecto, la competencia de jurisdicción a favor del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo –ex artículo 2 e) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-.

Ahora bien, ello no quiere decir que, ni mucho menos, se hayan solucionado todos los problemas tanto procesales, como de consecuencia práctica, que la exigencia de tales pretensiones indemnizatorias, fundadas en al actuar de la Administración, viene ocasionando ante los órganos jurisdiccionales, cuando en dichos procedimientos jurisdiccionales interviene una entidad aseguradora. El presente estudio tratará, pues, de poner de manifiesto tales problemas, así como la posible solución a los mismos.

II.- LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. EL DENOMINADO “PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES”. LA VIS ATRACTIVA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.-

Así las cosas, es necesario comenzar por recordar que la cuestión relativa a determinar cual era la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones basadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que además de demandar a la entidad pública correspondiente, se ejercitaba, igualmente, la acción frente a un sujeto privado (supuestos en los que había de incluirse a las entidades aseguradoras), se convirtió durante mucho tiempo en una materia generadora de innumerables dudas, surgiendo, de este modo, en nuestra doctrina jurisprudencial, en especial en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse por encima de cualquier otras las Sentencias de 27 de febrero de 1.995 y de 18 de febrero de 1.997, la problemática de la llamada “peregrinación de jurisdicciones”, que comenzó a ponerse de relieve en Sentencias del citado Tribunal Supremo de 5 de julio de 1.983, de 1 de julio de 1.986 y de 28 de marzo de 1.990.

Fue precisamente, en aras a evitar la referida “peregrinación de jurisdicciones”, por la que se configuró toda una doctrina jurisprudencial

que, en esencia, venía a conceder preferencia a la Jurisdicción Civil para conocer de aquellos asuntos en los que se ejercitaban este tipo de acciones, es decir, conjuntamente contra la administración y contra un sujeto, persona física o jurídica, de carácter privado, y ello en aplicación del principio de unidad de culpa y atendiendo, especialmente, a la “*vis atractiva*” que se reconocía a dicha Jurisdicción Civil, en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, todo ello en aras de un elemental principio de economía procesal, para evitar el “peregrinaje jurídico-judicial”, en consonancia con lo dispuesto, tanto en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1.957, como en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958, y aplicable a los supuestos en que existiesen vínculos de solidaridad de la Administración con particulares, en los que, por lo tanto, la Administración se privaba del «*ius imperii*» y venía obligada a someterse a la jurisdicción civil, así como cuando actuaba como sujeto de derechos privados, entendiendo igualmente, que la Administración Pública, cuando actuaba en funciones propias de la soberanía del Estado y revestida por ello de ese imperio, debía responder en el orden patrimonial ante la jurisdicción especializada, pero cuando era codemandada como sujeto privado, el enjuiciamiento del caso debía referirse a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, la cuestión cambió radicalmente con la entrada en vigor de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como con el Reglamento del Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, regulado por el Real Decreto 429/1.993, de 26 de marzo, unificando el procedimiento para la reclamación de la indemnización y unificando la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, disponiéndose al respecto el artículo 145.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirían a la Administración Pública correspondiente, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, estableciendo el Preámbulo del también citado Real Decreto de 26 de marzo de 1993, que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasaba a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado, y disponiendo a su vez la disposición transitoria única del referido Real Decreto, que contra las resoluciones que hubieren recaído con posterioridad a la entrada en vigor del citado Reglamento, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de

las Administraciones Públicas, no procedería la interposición de los recursos administrativos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ni el recurso ordinario regulado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo susceptibles únicamente de recurso contencioso-administrativo, cualquiera que fuere el tipo de relación pública o privada, de que derivasen.

En este sentido, la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, operada por la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, así como la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, articulada a través de la Ley Orgánica 6/1.998, de 13 de julio, supuso, en principio, el fin a las dudas planteadas en orden a determinar que Jurisdicción debía ser considerada competente para conocer de las reclamaciones basadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración, atribuyendo, ya sin duda ninguna, ésta a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De este modo, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la citada Ley Orgánica 6/1.988, determinaba que *“los Órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza o tipo de relación de que se deriven, e incluso cuando en la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados”*; mientras que, por su parte, el artículo 2 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su apartado e), establecía que la competencia a favor de los órganos de dicha Jurisdicción para conocer de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que fuere la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que ésta derivase *“...no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”*; en concordancia con todo lo anterior, se procedió por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de modificación de la citada Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, a dar nueva redacción a su artículo 144, en el sentido ya apuntado por las dos Leyes Precedentes, estableciendo, de forma literal, que *“cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre”*²².

Ahora bien, y pese a lo expuesto, la problemática no tuvo una solución tan sencilla. Efectivamente, la especial naturaleza de la acción ejercitada, enmarcada, con base a la normativa expuesta, en el ámbito del procedimiento contencioso-administrativo, provocaba un efecto discordante que tenía difícil encaje en el engranaje del pronunciamiento judi-

cial derivado de la función revisora de la actuación administrativa, del que única y exclusivamente, podría derivarse una sentencia condenatoria a la Administración demandada o a aquel sujeto privado que hubiere coparticipado con la misma, en la cuasación del daño resarcible, circunstancia ésta en la que no se encontraba, por razones obvias, la Entidad Aseguradora, quien limitaba su participación a las obligaciones derivadas del contrato de seguro que le unía a la Administración causante del daño.

De este modo, resulta obligado recordar, que la llamada al proceso contencioso-administrativo de la compañía de seguros no resultaba caprichosa ni tenía el carácter de subsidiaria, pues la Ley otorgaba al perjudicado el ejercicio de una «acción directa o contra la aseguradora» -ex artículo 76 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro-. Ello implicaba, según declaró la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (entre muchas otras, Sentencias de 30 de diciembre de 1.995, de 3 de abril y 3 de octubre, ambas, de 1.996) el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercitase dentro de los límites de la cobertura pactada. También declaró la Jurisprudencia citada que la acción directa contra la compañía aseguradora tenía y tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el mencionado artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro)³ que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados. Así las cosas, la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización que pudiera corresponderle a la parte reclamante, que ocupan las entidades aseguradoras, se contempla como un refuerzo de las expectativas y el derecho subjetivo de la parte demandante, por lo que, al optar por esta posibilidad, reconocida por el ordenamiento jurídico, el ciudadano reclamante no está sino haciendo uso de su derecho a una mejor y mayor tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24.1 de la Constitución. Dicha opción, esto es, la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en los casos que nos ocupan, una Administración Pública y la compañía aseguradora del riesgo, aparecía pues contemplada por el ordenamiento jurídico como una auténtica garantía de los ciudadanos, máxime ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, constituyéndose como un derecho concedido por el Ordenamiento Jurídico.

Sin embargo, y como se apuntó en líneas precedentes, la especial naturaleza del ámbito en el que tiene lugar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y del procedimiento

contencioso-administrativo, en el que se sustancia la impugnación jurisdiccional de la misma, incidió sustancialmente en tal cuestión, no sólo en la propia constitución procesal de la litis, a efectos de determinar la competencia de la Jurisdicción, sino incluso, y por ello, en el propio pronunciamiento judicial que en tales casos desplegaban los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, que venían a mantener, dado el especial carácter de la figura del codemandado que protagonizaban en el proceso contencioso-administrativo las entidades aseguradoras, en cuanto no co-causantes del hecho dañoso, participantes en el proceso por el emplazamiento realizado por la Administración demandada a los efectos de defender la legalidad de la actuación administrativa recurrida, la imposibilidad de declarar condena solidaria alguna frente a tales entidades aseguradoras ⁴, pronunciamiento éste que, por lo expuesto, únicamente podría ser alcanzado en la Jurisdicción Ordinaria.

Tal situación, afectaba, de forma sustancial, a la propia configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto que obligaba, al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la Contencioso-Administrativa para la Administración, con lo que tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, provocando el riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, suponía, en definitiva, una auténtica merma de las garantías del ciudadano.

Pues bien, y precisamente, con la finalidad de evitar esa afeción directa a los derechos de los particulares, que ejercitaban la acción de reclamación de forma conjunta, frente a las Administraciones Públicas y a las Entidades Aseguradoras, buscando, un pronunciamiento condenatorio de carácter solidario en un mismo y único procedimiento judicial, nuestra Jurisprudencia a adoptó una solución, similar a la existente con anterioridad a la determinada con la entrada en vigor de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, y de la Ley Orgánica 6/1.998, de 13 de julio, es decir, declarar en tales casos la competencia a favor de la Jurisdicción Civil, aplicando, de nuevo, el principio de la vis atractiva de dicha Jurisdicción contemplado en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así se pronunció, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en el Auto núm. 33/2.001, de 27 de diciembre, en un procedimiento en el que aparecían como codeemandados, de forma conjunta RENFE y la entidad aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES, S.A., y en el que expresamente se afirmaba: *“... Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presen-*

cia de las Compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica «vis atractiva» de la Jurisdicción Civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: «Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional»... De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... Por todo ello, procede declarar que la competencia para conocer de la reclamación presentada ..., contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y contra MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, corresponde a la jurisdicción civil” .

Con ello, lejos de solucionarse el problema, se volvía a reproducir éste, en tanto en cuanto, la decisión del Tribunal Supremo no venía sino a mantener una situación, de origen confusa, en cuanto a la determinación de la Jurisdicción competente para entrar a examinar este tipo de acciones, declarando la doble posibilidad competencial sobre dichos asuntos, con los perjuicios prácticos que tal situación planteaba, en la medida en que, si el particular ejercitaba su acción de reclamación de responsabilidad patrimonial exclusivamente frente a la Administración Pública, el Orden Jurisdiccional competente para entrar a conocer de la misma, sería, sin duda ninguna, el Contencioso-Administrativo, mientras que si su acción se hacía extensiva, además de a la citada Administración, a la Entidad Aseguradora, apareciendo de forma conjunta ambas en la posición pasiva de la relación jurídico-procesal, el Orden Jurisdiccional competente para conocer de tal acción judicial, sería el Civil, lo que provocaba la posibilidad de sustanciar dos procesos distintos, en los que pudieran obtenerse, también, dos soluciones jurídicas diferentes, dados los diferentes criterios a valorar en uno u otro caso, en tanto en cuanto, si bien la reclamación articulada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –en la que, no debe olvidarse, podría participar la entidad aseguradora en calidad de codemandada- debía examinarse a la luz de los principios, presupuestos o requisitos, básicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,

entre los que destaca el carácter directo y objetivo de la responsabilidad⁵, la articulada ante la Jurisdicción Civil, debía valorarse a la luz de los presupuestos básicos de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, que, obligatoriamente, precisaba de la declaración de culpa o negligencia en la actuación del agente demandado para ser declarada.

Ahora bien, y pese, como acaba de afirmarse en el párrafo precedente, no articularse una auténtica solución al problema existente, lo cierto y verdad es que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el mencionado Auto de 27 de diciembre de 2.001, sí sentó las bases de la posible solución al mismo, al señalar directamente, como posible solución, la necesidad de una reforma legislativa que afectare a la propia Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, situación ésta que tuvo lugar con la reforma operada en Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, si bien, y como se argumentará en el siguiente apartado del presente estudio, no tanto con la modificación de la letra e) del artículo 2 de dicho Texto Legal, sino, principalmente, y de modo esencial, con la del apartado 1 del artículo 21 de la mencionada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, articulada a través de la Disposición Adicional 14.4 de la Ley Orgánica mencionada de 23 de diciembre de 2.003.

III.- LA NUEVA SITUACIÓN EXISTENTE TRAS LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. LA ENTIDAD ASEGURADORA COMO PARTE CODEMANDADA JUNTO A LA ADMINISTRACIÓN A QUIEN ASEGUREN.-

III.A) Los aspectos sustantivos de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre en la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

Como ya se ha apuntado en párrafos precedentes, la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2.003, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1.998, en lo que a la materia examinada se refiere, se centró, esencialmente, en dos preceptos, por un lado en el artículo 2 y, por otro, en el artículo 21.

Así, por lo que se refiere al citado artículo 2 de la Ley Jurisdiccional referida, la Ley Orgánica 19/2.003 –ex Disposición Adicional 14.1-, vino a dar la redacción siguiente a la letra e) de dicho precepto:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

Dicho precepto, no venía sino a ser consecuencia, de la modificación que la mencionada Ley Orgánica 19/2.003 –ex artículo único.1-, había articulado en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en el apartado 4 del artículo 9, que pasó a tener la siguiente redacción, en cuanto a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativo:

“4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 86.2 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.”

Tal modificación legislativa, como puede apreciarse incidía, directamente sobre la cuestión relativa a la determinación del orden jurisdiccional competente para entrar a conocer de las demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, zanjando ya, desde el punto de vista normativo, cualquier duda al respecto, al proclamarse la competencia del Orden Contencioso-Administrativo sobre cualquier pretensión destinada a determinar dicha responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, independientemente de que ésta se ejercitara de forma conjunta frente, no sólo a la Administración correspondien-

te, sino también, y por un lado, frente al sujeto(s) privado(s) que hubiere concurrido en la producción del daño, y, por otro, frente a la entidad aseguradora, con lo que se evitaba ya, de forma cierta, la problemática del peregrinaje de jurisdicciones, así como cualquier competencia de la Jurisdicción Ordinaria para entrar a conocer de dichos asuntos, solvando toda duda y completando cualquier laguna que pudiera llevar aparejada la regulación existente tras la Ley 30/1.992 (la Ley 4/1.999), la Ley 29/1.998 y la Ley Orgánica 6/1.998.

Sin embargo, y por lo ya expuesto en párrafos precedentes, dicha modificación no era de por sí suficiente para solucionar la problemática existente, especialmente en aquellos casos en los que, junto con la Administración demandada, el particular ejercitaba su acción a la entidad aseguradora de la responsabilidad dimanante por la actuación administrativa, y ello por cuanto, se hacía necesario articular una modificación en la propia relación procesal del procedimiento contencioso-administrativo, para evitar las carencias que al respecto había producido la reforma operada por las citadas, Ley 30/1.992 (la Ley 4/1.999), la Ley 29/1.998 y la Ley Orgánica 6/1.998.

De ahí que, junto con la declaración de la competencia del Orden Contencioso-Administrativo para entrar a conocer de las demandas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, operada en los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, el legislador –en absoluta consonancia con las recomendaciones contenidas en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el Auto de fecha 17 de diciembre de 2.001-, modificare también el artículo 21 de la citada Ley Jurisdiccional.

Así las cosas, la letra c) del citado artículo 21.1 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, pasó a tener el siguiente contenido, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre –ex Disposición Adicional 14.4-:

“1. Se considera parte demandada:

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.”

Pues bien, la nueva regulación contenida en el artículo 21.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, implicaba, de entrada una primera consecuencia, a saber, la de desmarcar del ámbito común de los interesados en el procedimiento administrativo, que dada

la posible afectación que a sus derechos o intereses legítimos pudiera provocar la estimación del recurso contencioso-administrativo, y que, por ello, podrían ejercitar su derecho a personarse en el procedimiento –ex artículo 49.1 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio-, como codemandados junto a la Administración demandada, a las entidades aseguradoras, y ello, por cuanto, como se desprende de la propia sistemática del precepto, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2.003, el legislador diferencia, por un lado, la figura del interesado a los efectos de codeemandado en el procedimiento contencioso-administrativo –al que hace expresa referencia en la letra b) del artículo 21.1-, y, por otro, la entidad aseguradora de la Administración Pública, a la que igualmente –en el citado artículo 21.1 c)-, le otorga el carácter de codeemandada en el procedimiento de referencia.

La cuestión a dilucidar, a continuación, no puede ser otra que la relativa a determinar a qué finalidad responde tal diferenciación, máxime cuando, ningún inconveniente existía, con fundamento en la redacción originaria del precepto, anterior a la reforma provocada por la Ley Orgánica 19/2.003, declarar la naturaleza de interesada en el procedimiento, a los efectos de su consideración como codeemandada, a la entidad aseguradora de la Administración en aquellos recursos sustanciados para examinar la responsabilidad patrimonial de la misma, encontrándose amparada tal solución, en la genérica definición del codeemandado contenida en la letra b) del artículo 21.1 de la Ley Jurisdiccional, precepto éste al amparo del cual tales aseguradoras se personaban en dichos procedimientos judiciales. Es, en opinión de quien suscribe el presente estudio, precisamente aquí, donde se encuentra la esencia de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, a los efectos de paliar la problemática existente con anterioridad a la misma, tal y como se desarrollará en el apartado siguiente.

III.B) La entidad aseguradora como parte codeemandada junto a la Administración a la que asegure. El problema del litisconsorcio pasivo necesario:

Dejando pues claro, que tras la reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Orden Jurisdiccional competente para entrar a conocer cualquier reclamación judicial en la que se sustanciare la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con independencia de la presencia o no de entidades aseguradoras, es el Contencioso-Administrativo, la nueva redacción del artículo 21.1 de dicha Ley Jurisdiccional, con la inclusión de la letra c) en

el mismo, únicamente podía tener como finalidad la de tratar de paliar los defectos provocados por la naturaleza de la acción revisora de dicho orden jurisdiccional, a la hora de examinar una pretensión condenatoria, conjunta, frente a la Administración causante del daño y a la entidad aseguradora de la responsabilidad derivada de éste, pues, en caso contrario, ningún sentido tendría la inclusión de la citada letra c) en la redacción del precepto, en la medida en que, y como se apuntó en párrafos precedentes, las entidades aseguradoras ya presentaban el carácter de interesadas en dichos procedimientos contencioso-administrativos, al encontrar pleno encaje su situación en el contenido de la letra b) del artículo 21.1 en su redacción originaria, sin necesidad de articular un apartado –letra para ser más exactos teniendo en cuenta la sistemática del precepto- que se refiriese de forma concreta a tales entidades.

Efectivamente, la decisión del legislador –con mayor o menor acierto literario- sólo puede entenderse en un sentido, a saber, el considerar a la entidad aseguradora no como una interesada más que puede personarse en el procedimiento como codemandada, sino como una interesada distinta, como una codemandada diferente, diferencia ésta que sólo adquiere sentido desde la óptica de facultar al Orden Jurisdiccional competente para entrar a examinar las pretensiones deducidas frente a ella, de forma conjunta frente a las que se pretenden de la Administración a la que aseguran, para poder estimar las mismas, con un pronunciamiento condenatorio de ambos sujetos procesales, es decir con un pronunciamiento en el que puedan estimarse, caso de apreciarse éstas, las pretensiones deducidas frente a la Administración como frente a su aseguradora.

Desde este punto de vista, es aquí donde se encuentra el gran paso dado por la reforma operada por la Ley 19/2.003, de 23 de diciembre, a saber, no sólo en lo que se refiere a afirmar, evitando ya cualquier duda sobre el peregrinaje de jurisdicciones, la competencia del Orden Contencioso-Administrativo para entrar a examinar cualquier pretensión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, sino también para examinar las pretensiones deducidas o articuladas frente a las entidades aseguradoras de la Administración causante del daño, posibilitando la condena conjunta y solidaria a ambas –a la Administración y a su aseguradora-, sin necesidad de obligar al particular recurrente a sustanciar otro procedimiento distinto ante un orden jurisdiccional diferente para buscar una satisfacción a tales pretensiones, especialmente, las deducidas frente a las entidades aseguradoras por tales hechos.

El legislador, de este modo, otorga a la entidad aseguradora un carácter de interesado/codemandado especial en el procedimiento contencioso-administrativo, distinto al resto de los interesados/codemandados en tales procedimientos, pudiendo el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo dictar el pronunciamiento adecuado que afecte a la esfera de obligaciones de dicha entidad, derivada de la relación jurídico-privada que una a la Administración y a dicha aseguradora, circunstancia ésta por la que el ámbito de decisión del Juez de lo Contencioso-Administrativo no se limitará exclusivamente a determinar la condena solidaria al pago de la indemnización derivada de la declaración de la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, sino que, podrá hacerse extensiva a cuantas circunstancias jurídicas se deriven de la relación existente entre la Administración y su aseguradora, de acuerdo al contrato suscrito entre ambas, y que afecten al pronunciamiento que tenga por objeto exclusivamente la pretensión exigida a dichas entidades aseguradoras. Quiere esto decir, que ningún inconveniente existirá, sino todo lo contrario, para que la decisión jurisdiccional pueda pronunciarse, sobre la existencia o no del contrato de seguro, así como sobre los extremos de relevancia de éste, en cuanto a las obligaciones en él contenido, a efectos de límites cuantitativos, franquicias, objeto del contrato, riesgo asegurado, etc.

Sin embargo, la redacción del precepto, cuya finalidad, por lo expuesto está fuera de toda duda, ha venido a plantear un duda de marcado acento procedimental, relativa a la constitución de las partes de la litis, y ello, derivado, de la introducción del adverbio “*siempre*” en el contenido del ya expuesto artículo 21.1 c) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio.

Efectivamente, nos dice la letra c) del artículo 21.1 que las aseguradoras de las Administraciones públicas, serán siempre parte codemandada junto con la Administración a la que aseguren, afirmación ésta que ha llevado a plantear la duda acerca de la obligatoria presencia en el procedimiento contencioso-administrativo de dichas entidades aseguradoras, hasta el punto de afirmar que, de no encontrarse éstas en dichos procedimientos, la relación procesal subjetiva no se encontraría perfectamente constituida, de tal modo que, tal extremo ha llevado a afirmar que nos encontraríamos ante un auténtico supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

Pues bien, es de todos conocido que la figura del litisconsorcio pasivo necesario desde la promulgación de la Constitución Española adquirió rango constitucional, de acuerdo al artículo 24 del Texto Fundamental, no precisando la alegación de tal excepción procesal siquiera de la alegación de parte, siendo aplicable de oficio, como per-

teneciente al orden público y al interés social de evitar sentencias contradictorias⁶. Encuentra su base tal instituto procesal en una relación de derecho material que por afectar a diversas personas exige una solución procesal unitaria, ya que su fundamento descansa en definitiva en la necesidad de preservar el principio de audiencia, evitando la indefensión, como ya recordaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 9 de abril de 1.985 y que no se dicte una resolución, que afectaría a personas no demandadas y por lo mismo no comparecidas en el proceso. Tal manifestación de pluralidad de partes en el proceso alcanza la categoría de necesario cuando la pretensión actuada deba ser propuesta imprescindiblemente frente a varias personas, bien porque así lo establezca una norma positiva, bien por imponerlo la propia naturaleza de la relación jurídico-material discutida o hecha valer en el proceso, sea ésta contractual o no. Mas, en todo caso, exige que en el juicio se hallen presentes todos cuantos tengan un legítimo y personal interés en dicha relación y evitar, al mismo tiempo, la posibilidad de resoluciones contradictorias o la propia escindibilidad de la relación, así como la imposibilidad de ejecución. Se tiende, con ello, a evitar también a la par, impedir que nadie pueda ser condenado sin ser oído⁷. Ha concretado la doctrina procesal más reciente, que dicha excepción se produce cuando en virtud de un vínculo que une a una o varias personas con la relación jurídico material objeto del pleito, lo que determina la consecuencia de que necesariamente la resolución le ha de afectar forzosamente⁸.

Precisamente, y con base a la doctrina expuesta, se ha planteado la duda acerca de que la redacción de la letra c) del artículo 21.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa define un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario de carácter legal, en tanto en cuanto, dicho precepto hace referencia a la posible obligatoriedad –derivada del adverbio “*siempre*”- de que la entidad aseguradora figure como codemandada junto a la Administración a quien asegure en los procedimientos en los que se esté sustanciando la responsabilidad patrimonial de ésta.

Pues bien, varias son las razones para negar que nos encontremos, con fundamento en la redacción de la letra c) del artículo 21.1 ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario de carácter legal.

1º) En primer lugar, por la propia dificultad que implica apreciar la figura del litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito del recurso contencioso-administrativo.

Efectivamente, como ha venido manteniendo en innumerables resoluciones nuestra Jurisprudencia, de la que sirve de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2.000, resulta harto complica-

do la traslación literal del régimen del litisconsorcio pasivo necesario al ámbito del recurso contencioso-administrativo. En este sentido, la citada Jurisprudencia, ha venido entendiendo que dicha cuestión se reduce ordinariamente a la necesidad de emplazar o efectuar el oportuno llamamiento al proceso de los sujetos por él afectados –ex artículos 19 y siguientes de la vigente Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, de acuerdo con las previsiones establecidas en el artículo 49 de la citada Ley 29/1.998, de 13 de julio. El Tribunal Constitucional, desde sus tempranas Sentencias 9/1.981, de 31 de marzo, y 63/1.982, de 20 de octubre, señaló la necesidad de acomodar la interpretación de los preceptos reguladores del citado emplazamiento en la Ley de la Jurisdicción –ex artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción de 1.956- a las exigencias constitucionales. Su tenor debía ser entendido en el sentido de que no excluía sino que, por el contrario, resultaba necesario el emplazamiento individual de las personas pasivamente legitimadas si ello resultaba posible por ser conocidas e identificadas con los datos del escrito de interposición, del expediente administrativo y de la demanda. Desde las indicadas Sentencias ha sido reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que en tales casos se ocasionaba indefensión, vulneradora del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 Constitución Española, a las personas identificadas que, pudiendo comparecer en el proceso como parte demandada, por estar legitimadas para ello, no fueran emplazadas personalmente. Si bien se exige para la producción de dicha indefensión, con relevancia constitucional incluso, que quien ha visto omitido su emplazamiento haya actuado con la diligencia necesaria, pues de otro modo la protección ilimitada del no emplazado “conllevaría, en su automatismo, el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, es parte en el proceso contencioso-administrativo”; de manera que no existe indefensión en quien pudo comparecer y ser oído en el proceso y, sin embargo, no usó de su derecho. La doctrina constitucional expuesta hizo necesaria una reforma legislativa que se plasmó en la Ley 10/1.992, de 30 de abril, por la que se modificaron diversos preceptos de la Ley de la Jurisdicción de 1956. Entre ellos el artículo 64 que fue redactado de manera que se establecía que la resolución de la Administración autora del acto impugnado por la que se acordaba la remisión del expediente administrativo al Tribunal había de notificarse de inmediato a cuantos aparecían como interesados en el mismo, emplazándoles para que pudieran comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. Y sólo después de recibir el expediente, el Tribunal había de comprobar, a la vista de dichas actuaciones administrativas, que se habían efectuado los emplazamientos requeridos, llegándose, finalmente, a la vigente redacción del artículo 49 de la Ley de la

Jurisdicción de 1.998, que se hace eco en su redacción de la doctrina constitucional expuesta.

2º) En segundo lugar, por cuanto, el litisconsorcio pasivo necesario se articula como una obligación que recae sobre el demandante a la hora de constituir, conforme a derecho, la relación jurídico-procesal.

Ciertamente, tal circunstancia, resulta, conforme a lo ya expuesto, difícilmente apreciable en el recurso contencioso-administrativo, en el que el recurrente, constituye adecuadamente la relación jurídico-procesal, demandando exclusivamente a la Administración cuya actuación administrativa recurre, sin necesidad de ampliar su recurso a terceros ajenos a la esfera de dicha actividad administrativa impugnada. Máxime cuando, ninguna obligación tiene dicho recurrente, en los casos en los que se esté sustanciando una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, de conocer que la Administración demandada tiene suscrito un contrato de seguro con entidad aseguradora alguna, de tal modo que, si se estimare que la redacción del artículo 21.1 c), precepto éste incluido en la Ley Jurisdiccional para asegurar las garantías del perjudicado en aras a facilitar la posibilidad de que articule su pretensión –ex artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro-, conjuntamente frente a la Administración y su aseguradora, engloba o define un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, dicho precepto provocaría, con ello, una distorsión jurídica, en tanto en cuanto, se volvería contra dicho perjudicado, al que le obligaría a llevar a cabo una labor quasi investigadora de si la Administración causante del daño cuya indemnización reclama tiene o no contratado un seguro con entidad aseguradora alguna.

3º) Por último, por cuanto tal posibilidad sería contraria a las reglas de la solidaridad, en las que se basamenta la obligación de la aseguradora.

Como resulta obvio, y así dimana del propio contenido del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1.980, la responsabilidad de la entidad aseguradora, junto con la Administración responsable del daño, presenta un carácter solidario, circunstancia ésta que impide apreciar el defecto procesal del litisconsorcio-pasivo necesario por las propias reglas derivadas de la solidaridad⁹ -ex artículo 1.144 del Código Civil-, de tal forma que, el recurrente podrá optar, bien por demandar conjuntamente a la Administración y a su aseguradora, bien por demandar exclusivamente a la Administración, o incluso, exclusivamente a su aseguradora¹⁰.

Pues bien, conforme a lo expuesto, parece claro que la redacción del artículo 21.1 c) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, dada por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, no está enmarcando un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino la posibilidad, como ya se ha apuntado en varias ocasiones en este estudio jurídico, de arbitrar un pronunciamiento jurisdiccional, en el seno de un mismo procedimiento cuya competencia recae de forma exclusiva en el orden contencioso-administrativo –ex artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, que afecte tanto a la Administración demandada como a la entidad aseguradora, en cuanto que condenatorio –de forma conjunta y solidaria con la Administración aseguradora- de la misma al pago de las indemnizaciones derivadas de la estimación de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, debiendo entenderse el adverbio “*siempre*” recogido en el precepto, no como fundamento de la presencia obligatoria de la aseguradora en el procedimiento a los efectos de una correcta constitución de la relación jurídico-procesal, sino como fundamento de la necesidad de, cuando menos, articular de modo obligatorio en estos casos, la posibilidad de la entidad aseguradora tenga conocimiento, como interesada –especial- de la formulación jurisdiccional del recurso contencioso-administrativo, y sea emplazaba, bien por la Administración –ex artículo 49.1 de la Ley Jurisdiccional-, bien por el propio Tribunal –ex artículo 49.3 de dicho Texto Legal-, para que, si lo estima conveniente, pueda personarse en el procedimiento, y ello tanto si se deducen pretensiones frente a la misma, como si el recurrente sólo articula sus pretensiones indemnizatorias frente a la Administración demandada, pues ninguna obligación tiene de hacer extensivas tales pretensiones –parece lógico que por la propia naturaleza de la acción ejercitada lo habitual será hacer extensivas dichas pretensiones- a la entidad aseguradora, dado, no sólo la naturaleza de la acción ejercitada –en cuanto ejercicio de un recurso contencioso-administrativo-, sino también el carácter solidario del que nace la responsabilidad de la exigencia de dicha pretensión, lo que impide, en todo caso, caracterizar dicho supuesto de uno de los legales de litisconsorcio pasivo necesario, pesando pues esa obligación de puesta en conocimiento de la existencia del recurso contencioso-administrativo a la entidad aseguradora de la Administración Pública demandada, no tanto sobre el propio recurrente –sobre el que sí recaería la misma, caso de estimar dicho supuesto como de auténtico litisconsorcio pasivo necesario, debiendo de soportar éste las consecuencias jurídicas derivadas de una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal-, sino sobre la propia Administración demandada –ex artículo

49.1-, como sobre el propio Tribunal juzgador –ex artículo 49.3-, pero ello, se insiste, con independencia de que las pretensiones del recurrente se hubieren presentado de forma conjunta frente a ambas entidades, la Administración y la aseguradora, como si éstas se hubieren articulado de forma exclusiva frente a la Administración demandada, pues, de existir un contrato de seguro con una entidad aseguradora, no por ello ésta perdería su condición de interesada en el procedimiento.

III.C) Conclusiones:

Parece claro, pues, que la posición de la entidad aseguradora en los procedimientos en los que se sustancie la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tras la reforma provocada por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, implicará:

- 1º) que el orden jurisdiccional competente será el Contencioso-Administrativo, en todo caso, y aun cuando se demanden pretensiones de dichas entidades aseguradoras, conjuntamente con las demandadas de la Administración causante del daño;
- 2º) que dichas entidades tendrán el carácter de interesados en el procedimiento, pero de interesados distintos al resto de los interesados definidos en la letra b) del artículo 21.1 de la Ley Jurisdiccional, diferencia fundada en la posibilidad del dictado de un pronunciamiento condenatorio, conjunto y solidario, junto a la Administración a la que aseguren, por el propio orden jurisdiccional contencioso-administrativo;
- 3º) que dicho pronunciamiento del Juez de lo Contencioso-Administrativo que afecte a la entidad aseguradora, podrá versar sobre las relaciones jurídico-privadas que unan a la misma con la Administración a la que aseguren en virtud del correspondiente contrato, en lo que a la reclamación de indemnización derivada de la acción de responsabilidad patrimonial planteada se refiere; y
- 4º) que las citadas entidades podrán personarse o no en el procedimiento como codemandadas, sin que resulte obligatorio para constituir adecuadamente la relación jurídico-procesal su presencia en el mismo, bastando, eso sí, que conste de manera obligatoria el emplazamiento, efectuado, bien por la Administración demandada, bien por el propio órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento, sin que tal obligación pese sobre el recurrente a los efectos de hacer extensiva su pretensión indemnizatoria a la entidad aseguradora, dado que no nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

IV.- PROBLEMAS PRÁCTICOS SUBSISTENTES PESE A LA REFORMA PROVOCADA POR LA LEY ORGÁNICA 19/2.003, DE 23 DE DICIEMBRE. LA POSIBILIDAD DE ARTICULAR LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS EXCLUSIVAMENTE FRENTE A LA ENTIDAD ASEGURADORA. DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.-

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, podría pensarse que la nueva situación introducida por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, ha venido a resolver cuantos problemas¹¹ se venían dando con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, especialmente, en lo que se refería a la determinación de la Jurisdicción Competente para entrar a conocer las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, evitando, el famoso “peregrinaje de jurisdicciones”.

Ahora bien, lejos de haber alcanzado una solución definitiva, siguen apreciándose supuestos en los que existe doctrina contradictoria relativa a la determinación del orden jurisdiccional competente para entrar a conocer tales acciones¹², alcanzando la cima de las opiniones contradictorias, aquellos casos en los que el particular, con amparo en el ya mencionado artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ejercita su acción de indemnización, exclusiva y únicamente, frente a la entidad aseguradora de la Administración. El problema, no tiene ni mucho menos un carácter menor, pues, en esencia, como posteriormente se argumentará, no ha venido, sino a revivir, de modo cierto, para quien suscribe el presente estudio, la vieja polémica del peregrinaje de Jurisdicciones.

Efectivamente, el supuesto de hecho es bien sencillo. Nos encontramos en aquellos casos en los que el perjudicado, con fundamento, como ya se ha apuntado, en el contenido del tan traído artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, decide articular su acción de resarcimiento, exclusivamente frente a la entidad aseguradora del riesgo derivado del daño producido por una Administración Pública, circunstancia ésta perfectamente lícita, dada la vinculación solidaria de la que nace la obligación de resarcimiento –ex artículo 1.144 del Código Civil-.

Pues bien, al respecto existen dos opiniones o soluciones contrapuestas, a saber, por un lado, la de quienes opinan que tales casos deben incluirse en la esfera de la competencia del Orden Jurisdiccional Civil, y, por otro, la de quienes mantienen, de forma contraria, que dichos supuestos deben ser conocidos por el Orden Contencioso-Administrativo:

1º) Posición de quienes mantienen que el orden jurisdiccional competente para entrar a conocer dichos asuntos debe ser el Orden Civil:

Parten quienes mantienen tal posición, del hecho inequívoco de que la voluntad del legislador tiende a incluir esta clase de supuestos en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así se desprende de las sucesivas modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico en desarrollo de los artículos 106 y 149 de la Constitución Española, las cuales tienen su reflejo en los artículos 2 e) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, el Real Decreto 429/1.993, de 26 de marzo, y la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil por la Ley 1/1.991, de 7 de enero.

A pesar de ello, se mantiene que, la cuestión discutida no tiene una solución pacífica en la doctrina y la jurisprudencia. Se invoca el artículo 2. e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/1.998, de 13 de julio, como por la posterior Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre. De lo anterior se desprende que toda reclamación patrimonial por responsabilidad extracontractual que se dirija contra una Administración Pública debe tramitarse, en principio, ante la propia Administración presuntamente responsable, aunque actúe en relaciones jurídico-privadas, y una vez resuelta la reclamación (de forma expresa o por acto presunto), y agotada la vía administrativa por interposición y resolución de recurso ordinario si procede, la decisión administrativa sólo puede impugnarse mediante recurso Contencioso-Administrativo ante el órgano competente dentro de este orden jurisdiccional. Ahora bien, y aun cuando ello no les ofrece dudas en los supuestos en que se dirija la demanda también contra un sujeto privado, además de contra una Administración Pública; mas cuando únicamente se plantea contra aquél, la conclusión no es tan pacífica, puesto que dichas normas, en realidad, vienen a definir cuáles son las consecuencias y el ámbito competencial cuando se encuentre involucrada una administración pública cualquiera que sea la relación jurídica de la que dimana su intervención, mas no impone la ineludible obligación de plantear la demanda contra el organismo público, ya que aun tratándose de una vinculación solidaria impropia por derivarse de una responsabilidad extracontractual, el artículo 1.144 del Código Civil permite dicha opción al decir que *«el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente»*.

De otro lado, invocan el criterio seguido por el Tribunal Supremo, al que afirman, no puede calificarse de unánime e inequívoco, ya que si

bien las resoluciones del mismo que amparan la vis atractiva de la jurisdicción civil se refieren a casos surgidos con anterioridad a las reformas reseñadas¹³, con posterioridad se han mantenido las discrepancias, divergencias que se han acentuado, y que han venido a variar el anterior planteamiento de la cuestión al establecer expresamente que «cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, demandándose también a la Aseguradora del daño o de responsabilidad civil, la Jurisdicción competente para el conocimiento de dichos asuntos es de orden civil, toda vez que, siendo la aseguradora demandada en virtud de un contrato de seguro y no como coautora del daño, tal supuesto no cae bajo la previsión de las normas anteriormente citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y dado, además, que el perjudicado no puede ser obligado a seguir dos procesos, ante dos jurisdicciones diferentes, opera la tradicional y ya clásica “vis atractiva” de la jurisdicción civil»¹⁴.

Y si ello ocurre, para quienes mantienen tal posición, en los supuestos de demanda conjunta contra sujeto privado y público, todavía con más razón debe aplicarse dicho parecer en los casos en que aquélla se dirige exclusivamente contra la compañía aseguradora. Es más, afirman que, ni siquiera la Sala de Conflictos zanja definitivamente el problema, ya que por contraposición al Auto de 7 de julio de 1.994, en el que se declara la competencia del orden contencioso-administrativo, las Sentencias de 27 de diciembre 2.001 y de 21 de octubre de 2.002, mantienen la postura contraria al afirmar el primero que «sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada de forma expresa la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso Contencioso-Administrativo dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración pública lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica «vis atractiva» de la jurisdicción civil reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece: «Los juzgados y tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». Por consiguiente, entienden que, al tratarse de más de un pronunciamiento sobre el asunto controvertido, nada impide seguir su criterio a tenor del carácter de complemento del ordenamiento jurídico que el artículo 6.1 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo.

Por añadidura, se invocan otras dos razones para considerar como Jurisdicción Competente la Civil, para entrar a conocer de estos supuestos de hecho:

- La primera de ellas es que dirigiendo la actora su pretensión indemnizatoria sólo contra la entidad aseguradora, y por más que sea verdad que la responsabilidad de la demandada únicamente se originaría si, por apreciarse la negligencia de la entidad pública asegurada, la misma tuviera que responder frente al perjudicado; no lo es menos que de declararse la falta de competencia de los órganos de la jurisdicción civil para el conocimiento del actual procedimiento, se estaría impidiendo a la actora la posibilidad de reclamar sólo contra la aseguradora privándola del ejercicio de la acción directa que se le reconoce en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que no cabría formular reclamación exclusivamente contra la aseguradora ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no ser factible dirigir en vía administrativa reclamación sólo contra un sujeto privado, por más que esta reclamación se derive de la intervención de una entidad pública. De ahí que deba admitirse que la jurisdicción civil es la idónea para conocer de la demanda dirigida únicamente contra una compañía aseguradora, aunque, y a los solos efectos prejudiciales –ex artículo 42, apartados 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, sea necesario examinar también la responsabilidad de la Administración en casos, como el presente, en los que la misma se funde en la culpa extracontractual.
- Radicando el segundo motivo en la necesidad de evitar a la perjudicada el peregrinaje por distintas jurisdicciones al obligarla a acudir a la vía Contencioso-Administrativa, ya que ello supondría tanto una conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado por el artículo 24 de la Constitución Española, como una infracción del principio de protección preponderante del perjudicado que no tiene porqué soportar las consecuencias adversas que se desprendan de previas vinculaciones jurídicas o contractuales entre el resto de los interesados, sin perjuicio del derecho de repetición que le corresponda a los intervinientes si procediera.

2º) Posición de quienes mantienen que el orden jurisdiccional competente para entrar a conocer este tipo de pretensiones, dirigidas exclusivamente frente a la aseguradora de la Administración es el orden Contencioso-Administrativo:

Los que, por el contrario, mantienen esta segunda posición, parten del hecho de afirmar que tras la vigencia de la Ley 30/1.992 de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se instauró en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, un sistema legal unitario que atribuyó la competencia en tal materia a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y lo que tuvo su reflejo en la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 6/1.998 de 13 de julio, señalando el apartado 4 de su artículo 9 que los juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las pretensiones relacionadas con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso si a la producción del daño hubieren concurrido también sujetos privados, y en cuyo caso el demandante habría de deducir también frente a ellos su pretensión ante este órgano jurisdiccional, pronunciándose, en términos similares, la Ley 29/1.998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo artículo 2 señalaba que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

En tal sentido, y, a propósito, mantienen que, si bien es cierto que a pesar de los anteriores preceptos, subsistía la polémica cuando se demandaba en el orden civil junto a la administración pública también a la aseguradora de su responsabilidad, o cuando como es el caso se demandaba únicamente a la aseguradora, en particular a partir del Auto de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 2.001, cuya doctrina fue seguida por otro de la misma Sala de fecha 21 de octubre de 2.002, viniéndose en dichos autos a atribuir en dichos autos la competencia al orden jurisdiccional civil cuando se demanda conjuntamente a la administración y a la aseguradora en base a no obligar al perjudicado a tener que seguir dos procedimientos distintos, uno ante la jurisdicción civil contra la aseguradora y el otro ante el orden Contencioso-Administrativo por la responsabilidad patrimonial de la administración pública, habida cuenta de lo problemático que resultaría el demandar a la aseguradora ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que la legislación en la materia no contempla de forma expresa la presencia de las aseguradoras en dicho proceso Contencioso-Administrativo, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, , y así mismo de la

nueva redacción dada al apartado e) del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el perjudicado que quiera demandar en base al ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, además de a la Administración Pública a la aseguradora de la responsabilidad civil, lo podrá hacer ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que hasta ahora le podía estar vedado a la vista de que como bien dice el Auto de la Sala de Conflictos antes citado de 27 de diciembre de 2001, no se contemplaba de forma expresa la presencia de las aseguradoras en el proceso Contencioso-Administrativo.

En este sentido, se afirma que, no puede decirse ya por tanto que se le obligue al perjudicado a seguir dos procesos distintos, uno ante la jurisdicción civil demandando a la aseguradora y otro ante la Contencioso-Administrativa demandando a la Administración. Es decir que en la actualidad puede demandarse a la aseguradora por los trámites de la acción directa frente a la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Señalando, en último termino, que para que se produzca el éxito de la acción directa será preciso con carácter ineludible determinar la responsabilidad de la administración en la producción de los daños reclamados pues en la acción directa se ejercita la acción nace de la conducta culposa desasegurado y de la existencia de un contrato de seguro que permite u obliga a la aseguradora cubrir la responsabilidad civil del declarado responsable, por lo que en cualquier caso debería examinarse por la jurisdicción civil la responsabilidad de una administración pública, y es lo cierto que incluso ya con la anterior dicción de las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se había venido manifestando que la mera existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil ante una Administración Pública y una entidad aseguradora no puede contravenir normas de «*ius cogens*» como es el caso de la legislación procesal y procedimental que no tienen el carácter de reglas dispositivas que permitieran al perjudicado acudir a uno u otro orden jurisdiccional. Resulta obvio, pues, que la condena en su caso al pago de la indemnización a la aseguradora exige el previo examen de la conducta del asegurador –ex artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro- lo que no es posible al estar vedado al orden civil el conocimiento de tales pretensiones frente a una Administración Pública. Difícilmente, por no decir imposible, cabe concluir la exigencia de responsabilidad de la aseguradora sin declarar previamente la del Ayuntamiento a quien se asegura, extremo éste, vedado a los tribunales civiles.

Pues bien, tanto una posición como la otra, que curiosamente, se han producido, casi de forma general en el ámbito propio de la Jurisdicción

Civil, siendo ejemplo de la primera, a saber, aquella que proclama la competencia del orden civil, la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga de 20 de febrero de 2.004, y, de la segunda, es decir, la que insiste en afirmar que la competencia jurisdiccional sólo puede declararse a favor del orden contencioso-administrativo, las Sentencias de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2.004 y de 14 de abril de 2.005, presentan, para quien suscribe este estudio, ventajas e inconvenientes.

Efectivamente, y por lo que se refiere a la primera de las doctrinas o posicionamientos expuestos, ciertamente, la misma encuentra un escollo importante, derivado de la normativa vigente tras la reforma provocada por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, de la que debe extraerse, por lo ya expuesto en párrafos precedentes, sin lugar a dudas, la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo para entrar a conocer de las demandadas destinadas a sustanciar la reclamación de la responsabilidad de la Administración pública, aun cuando las pretensiones resarcitorias se articulen conjuntamente frente a la Administración causante del daño reclamado y a la entidad aseguradora de ésta, planteamiento doctrinal éste en el que se apoyan, con total acierto, quienes mantienen la segunda de las posturas recogidas en los puntos precedentes, es decir, declarando la competencia del orden contencioso-administrativo.

Ahora bien, y por el contrario, debe proclamarse un absoluto acierto en quienes mantienen la primera de las posiciones antedichas, cuando afirman que de declararse la falta de competencia de los órganos de la jurisdicción civil para el conocimiento del actual procedimiento, se estaría impidiendo a la actora la posibilidad de reclamar sólo contra la aseguradora privándola del ejercicio de la acción directa que se le reconoce en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que no cabría formular reclamación exclusivamente contra la aseguradora ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no ser factible dirigir en vía administrativa reclamación sólo contra un sujeto privado, por más que esta reclamación se derive de la intervención de una entidad pública, escollo éste que no se salva con lo mantenido por quienes declaran su posicionamiento a favor del orden Contencioso-Administrativo, y ello, por cuanto, no puede olvidarse, que la función revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe –ex artículo 1.1 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio– estar encaminada al examen de la actuación administrativa, con lo que dicha decisión administrativa previa –ya sea expresa, ya sea presunta– se convertirá en requisito esencial para que dicho orden jurisdiccional pueda entrar a conocer de las pretensiones deducidas.

Es decir, nos encontramos, como ya se apuntó, ante un problema de gran trascendencia práctica que incide directamente, sobre una cuestión de orden público –competencia de jurisdicción- y que presenta, en principio, difícil solución. Sin embargo, en opinión de quien suscribe este estudio, la misma debe buscarse en los propios principios rectores de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Efectivamente, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública –ex artículo 106 de la Constitución Española-, se enmarca en el ámbito o en la esfera, por razones obvias, del actuar de dicha Administración, no sólo en lo que se refiere a la causación del daño consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la actuación administrativa, sino, y muy especialmente, en lo que se refiere a las propias reglas procedimentales determinantes de la apreciación o no del mismo –ex artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre-. Es decir, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas exige la existencia de un pronunciamiento administrativo previo, por parte de la Administración a quien se le imputa la causación del daño cuyo resarcimiento se pretende, circunstancia ésta que no es apreciable ni exigible en el ámbito de la responsabilidad extra-contractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, y que, por ende, marcará el devenir de cuantas acciones se ejerciten posteriormente, en la esfera jurisdiccional, no sólo para declarar las pretensiones resarcitorias exigidas a dicha Administración, sino también a la entidad aseguradora de la misma. Ello obliga, a que, quien quiera ser resarcido, con ocasión del daño producido por el funcionamiento normal o anormal del actuar administrativo se encuentre obligado a demandar tal reclamación ante el órgano administrativo competente de la Administración reclamada –ex artículo 145.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre-, quien, en el ámbito propio de dichas competencias, podrá, en sede administrativa, bien estimar tales pretensiones, bien desestimarlas, de forma expresa, o de forma presunta –ex artículos 142.7 y 143.3 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 13.3 y 17.2 del Real Decreto 429/1.993, de 26 de marzo-, de tal forma que, dicha interpelación previa en vía administrativa, se convierte en un presupuesto procesal ineludible para la viabilidad de la posterior reclamación judicial –ex artículo 25.1, en relación con el artículo 69 c), ambos de la Ley 29/1.998, de 13 de julio-, al resultar, absolutamente necesario, el agotamiento de la vía administrativa previa.

Pues bien, esta exigencia procedimental, conectada con la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, será demandada del

particular, tanto si lo que pretende es ejercer su acción de resarcimiento, única y exclusivamente de la Administración Pública causante del daño, como si lo que pretende es, caso de tener conocimiento de la existencia de una entidad aseguradora de dicha Administración, ejercitar dicha acción de forma conjunta frente a la citada Administración como a su aseguradora, pero, y en opinión de quien suscribe este artículo, también lo será si lo que pretende –ex artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro-, es reclamar, única y exclusivamente, a la entidad aseguradora, y ello por cuanto, los principios básicos y fundamentales por los que se declarará la responsabilidad de la citada entidad aseguradora, serán los que rigen la formulación de la acción de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública –ex artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro-, de forma tal que, obligatoriamente, aun cuando el particular ejercite su acción de resarcimiento de forma única frente a la aseguradora de la Administración, deberá exigírsele, cuando menos que haya iniciado previamente, en vía administrativa, tal reclamación ante la Administración causante del daño, sin que tal exigencia, pueda, en modo alguno ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del particular reclamante, en tanto en cuanto, no quiebra tal derecho fundamental, sino todo lo contrario, el que por dicho particular se cumplan con las normas procedimentales rectoras de la materia en la que se encaja su acción. No en vano, y al respecto, no puede olvidarse que, articular una solución contraria, a saber, permitir al particular afectado por una actuación protagonizada por la Administración Pública, que demande el resarcimiento del daño causado, sin haber articulado previamente tal petición en vía administrativa ante dicha Administración, aun cuando posteriormente, sólo demande judicialmente su acción de resarcimiento frente a su aseguradora, conduciría a desconocer abiertamente los principios de legalidad y seguridad jurídica –ex artículo 9.3 de la Constitución Española-, sin que dicha obligación, produzca indefensión, ya que las posibles consecuencias perjudiciales que se derivasen de su falta de atendimento, tienen origen en los propios actos del particular reclamante, sin que, pueda olvidarse, que el derecho a la tutela judicial efectiva no implica, en modo alguno, el derecho a obtener una resolución favorable.

Así las cosas, y partiendo de lo expuesto, obligado el particular a exigir, previamente, en sede administrativa la reclamación de responsabilidad patrimonial, existiría ya un pronunciamiento administrativo revisable por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que nada impediría que, si posteriormente, dicho particular, cuya pretensión inicial en dicha sede administrativa hubiere sido rechazada por la

Administración reclamada, interpusiere la correspondiente acción judicial para el reconocimiento de sus pretensiones lo hiciere, tanto frente a la Administración reclamada, como conjuntamente frente a ésta y a su aseguradora, como, de forma exclusiva frente a ésta última, y que, en todos esos casos, el Orden Jurisdiccional Competente para entrar a conocer de dicha pretensión lo fuera el Contencioso-Administrativo, y ello por cuanto, como acaba de apuntarse, tendríamos ya el acto administrativo previo examinable o revisable por dicha Jurisdicción, del que nacería la obligación de resarcimiento para la entidad aseguradora, única pretensión, por otra parte exigible a ésta, de forma tal que, dicho particular, aun cuando debiera recurrir el acto administrativo desestimatorio de su reclamación de responsabilidad patrimonial, éste podría interesar, exclusivamente sus pretensiones resarcitorias de la entidad aseguradora –ex artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro-, de tal forma que, el pronunciamiento judicial que al respecto pudiera derivarse, caso de estimarse las pretensiones del citado recurrente, bien podría ser, el de la revocación del acto administrativo por el que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en vía administrativa, y la condena, exclusiva y únicamente, a la entidad aseguradora al pago de la cantidad que, en concepto de indemnización, se hubiere estimado para resarcir el daño causado por la Administración Pública asegurada.

Con ello, se evitaría, indudablemente, no sólo cualquier discusión del peregrinaje de jurisdicciones, declarando, como no puede ser de otra manera, la competencia del orden contencioso-administrativo, sino además, cualquier desviación jurisdiccional, en aras a examinar los presupuestos de la responsabilidad demandada, así como cualquier otra posible dificultad que surgiera en relación a dicha reclamación, y ello por cuanto, no puede olvidarse, y debe insistirse en ello dadas las vulneraciones que en la práctica se vienen produciendo, especialmente en los casos de reclamaciones patrimoniales articuladas ante los entes locales que por su escasa infraestructura, y al tener contratado un seguro, directamente derivan la reclamación presentada a los servicios jurídicos de dichas entidades, en tanto en cuanto, las pólizas, habitualmente, suelen incluir la cobertura de defensa jurídica, con lo que la decisión última sobre si se estima o no la reclamación administrativa previa, cuya competencia, según proclama el ordenamiento jurídico rector, debe recaer en el órgano administrativo competente, recae, sin embargo, en una entidad no administrativa –la compañía aseguradora-, lo que sin duda es un vicio procedimental contrario a derecho. Desde este punto de vista, aun cuando ningún inconveniente existe en que dicha entidad aseguradora participe en el procedimiento administrativo previo, dada

su condición de interesada, no es menos cierto que, en modo alguno, puede dejarse en manos de la misma la decisión última acerca del examen de la reclamación articulada ante la Administración causante del daño, que debe ser la única competente para decidir sobre tal reclamación, sin perjuicio de que dicha decisión pueda, posteriormente, ser recurrida, ante la jurisdicción competente, que en todos los casos será la contencioso-administrativa, tanto por el particular, si la decisión es contraria a estimar sus pretensiones, como por la propia compañía aseguradora, si la decisión es estimatoria de las pretensiones resarcitorias del particular.

V.- LA RECLAMACIÓN DE LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE DICHAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-

Por último, no quiere dejar pasar quien suscribe este estudio, hacer referencia a uno de los aspectos que, mayor trascendencia, presenta en la práctica la articulación de las reclamaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en las que se ejercitan pretensiones resarcitorias, bien conjuntamente con dichas Administraciones a sus entidades aseguradoras, bien, cuando tal acción se articula –ex artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro-, frente a estas últimas, y que no es otra que, la reclamación de abono a las compañías aseguradoras de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pues bien, establece el mencionado artículo 20 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en la redacción dada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1.995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados:

«Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios.. se ajustará a las siguientes reglas:

3ª. Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido la prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4ª La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés no podrá ser inferior al 20 por 100.

(...)

8ª. No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable».

Con base al artículo citado, y resultando ya incuestionada la competencia del orden contencioso-administrativo para entrar a conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial aun cuando las pretensiones resarcitorias se exijan frente a la entidad aseguradora de la Administración, son cada vez más frecuentes, las pretensiones de condena a dichas aseguradoras con abono de los intereses previstos en el artículo 20 de la referida Ley de Contrato de Seguro, surgiendo al respecto la duda, en nuestra Jurisprudencia acerca de la apreciación, en tales supuestos, relativos a sustanciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la aplicación de dichos intereses o no¹⁵.

Lo primero que debe recordarse es que el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por la ley 30/1.995, de 8 de noviembre, ha de ser interpretado, en lo que nos ocupa, en el contexto de la reforma que tal Ley operó en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que a su vez incluye un baremo para la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso (con las modulaciones introducidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2.000 [RTC 2000\181]), opción legislativa que responde a la finalidad de conseguir seguridad jurídica en un sector de la responsabilidad civil extracontractual, el de la llamada responsabilidad civil automovilística, de una especial relevancia social, sometido al aseguramiento obligatorio, en orden a posibilitar la más pronta solución del conflicto a través de los parámetros que establece, introduciendo, en esta línea, la cláusula de intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, complementada por la Disposición Adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (hoy artículo 9 del Real Decreto Legislativo 8/2.004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), como elemento disuasorio dirigido a las Aseguradoras para que procedan a satisfacer la indemnización con la mayor inmediatez posible, sin que pueda obviarse, por otro lado y como correlato de lo anterior pero que ha de integrarse en la misma política legislativa, que el concreto baremo fijado supone una generalizada minoración de las indemnizaciones que ordinariamente eran

fijadas en los órganos jurisdiccionales con anterioridad. De esta forma, el artículo 20 mencionado establece una disciplina especial de la mora, con carácter relativamente imperativo, cuya finalidad no es simplemente la de resarcir al asegurado (o en su caso tercero perjudicado) que haya sufrido por la mora del asegurador, ligada a su incumplimiento, sino que establece una pena legal tendente a que el asegurador cumpla rápidamente con su obligación de pago de la indemnización.

Pues bien, quienes consideran que tales intereses deben ser aplicados en los casos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con cargo a las aseguradoras de la Administración, afirman, que no constituye un mecanismo corrector del nominalismo y de la pérdida del valor adquisitivo del dinero que éste implica, con lo que no supone ningún óbice y es perfectamente compatible con la doctrina acerca del carácter de deuda de valor de la indemnización por daños y perjuicios la de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma, doctrina por otro lado positivizada, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el artículo 141 de la Ley 30/1.992. Manteniendo, al respecto que, como también es obvio, la solidaridad generada por el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial alcanza el importe en que ésta se cuantifica, sin perjuicio del distinto régimen respecto de los intereses que, ex lege, afecta a uno y otro demandado.

Sin embargo, quien suscribe este estudio, no puede compartir tales afirmaciones y ello por cuanto, debe partirse, necesariamente, de las más que notorias diferencias existentes entre los supuestos derivados de la responsabilidad civil declarada por un procedimiento articulado ante la Jurisdicción Civil o ante la Jurisdicción Penal y ante el ejercitado por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La primera de tales diferencias, y no poco relevante, es que ante la Jurisdicción civil o la Jurisdicción Penal se ejercita una acción de responsabilidad, en el primer caso extracontractual –ex artículos 1.902 y siguientes del Código Civil- que precisa de culpa o negligencia en la actuación del agente demandado para ser declarada, y que decir del segundo de los supuestos, el ejercitado ante la Jurisdicción Penal, donde el derecho al resarcimiento –ex artículos 109 y siguientes del Código Penal-, va unido a la comisión de un hecho tipificado como delito o como falta, en el sentido de obligación de reparar derivada del ilícito penal, en el que la culpa se articula como presupuesto básico de la declaración de la propia exis-

tencia de la responsabilidad criminal; mientras que en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales de la Administración Pública, se demanda la responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, no necesitada de culpa, y, por ende, de más fácil consecución, tanto que quizá en estos casos, aun de prosperar la instada en vía contencioso-administrativa, no tiene porque prosperar la articulada ante las Jurisdicciones Civil o Penal. De manera que ya en ello puede encontrarse una diferencia que justifique el diferente tratamiento jurídico a dar a una u otra responsabilidad.

A mayor abundamiento, más importancia adquiere, si cabe, el hecho, innegable, de que el artículo 20 citado tiene un carácter resarcitorio, desde luego, pero también y muy marcadamente, penalizador de la actitud de la compañía aseguradora que sin causa justificada demora el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de seguro (piénsese, especialmente, en el ámbito del seguro de automóvil en el que la indemnización sólo se excluye en caso de culpa exclusiva de la víctima). En el ámbito contencioso-administrativo, por el contrario, su obligación precisa inexcusablemente de la previa asunción por parte de la Administración reclamada o de la declaración judicial, de la responsabilidad de la Administración aseguradora y mientras esto no se produzca no cabe hablar de mora o actitud elusiva en su aseguradora, que al carecer de ámbito decisorio alguno en la determinación de la responsabilidad exigida, ni tan siquiera tiene que tener conocimiento de la acción de reclamación de responsabilidad exigida a la Administración Pública, hasta en tanto en cuanto, se ponga a su disposición la posibilidad de personarse en el recurso contencioso-administrativo –ex apartado 8 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro–.

En cualquier caso, no cabe duda de que responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial son institutos jurídicos nítidamente diferenciados en cuanto a su ámbito y en cuanto a su regulación que, en el segundo caso, viene configurada por normativa administrativa que expresamente contempla lo relativo a los intereses –ex artículo 141.3 Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 45 y 36.2 de la Ley General Presupuestaria- sin referencia alguna a la Ley de Contrato de Seguro.

NOTAS:

¹ Decimos, en principio, por cuanto, y pese a la contundencia de la nueva redacción dada a la letra e) del artículo 2 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre -ex Disposición Adicional 14.1-, siguen planteándose dudas acerca de la determinación del orden jurisdiccional competente en aquellos casos en los que el particular afectado decide articular su acción de resarcimiento única y exclusivamente frente a la entidad aseguradora, sin demandar pretensión alguna de la Administración aseguradora, posibilidad ésta perfectamente lícita al amparo de lo establecido en el artículo 76 de Ley 50/1.980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

² Al amparo de dicha normativa, fueron unánimes las Resoluciones dictadas por nuestros órganos jurisdiccionales, especialmente, los de la Jurisdicción Civil, hasta ese momento, la competente para entrar a conocer aquellas pretensiones ejercitadas por los particulares en las que, conjuntamente se reclamaba frente a la Administración causante del daño y a la Entidad Aseguradora de la misma, por aplicación del principio de la vis atractiva, previsto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las que se declaraba la falta de competencia jurisdiccional de la Jurisdicción Ordinaria, declarándose ésta, a favor, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esta línea, pueden destacarse, las Sentencias dictadas por las Ilmas. Audiencias Provinciales de Cuenca de 16 de enero de 1.999, de Huesca de 26 de junio de 1.999, de Teruel de 1 de diciembre de 2.000, de Alicante de 12 de enero de 2.001, o de Girona de 26 de junio de 2.002.

³ En especial referencia al ejercicio de la acción de repetición de la aseguradora frente al asegurado en el caso de que el daño o el perjuicio causado a tercero se debiera a una conducta dolosa por parte de dicho asegurado.

⁴ En esta línea, a modo de ejemplo, pueden destacarse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero y de 15 de mayo de 2.003, en las que expresamente, se contiene un pronunciamiento condenatorio predicado exclusivamente de la Administración demandada, y excluyente, por lo expuesto, de las entidades aseguradoras que acudieron a los recursos contencioso-administrativo, en dichas resoluciones judiciales sustanciados, en calidad de codemandadas.

⁵ Señala, al respecto, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1.998: “que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, ya que dicha responsabilidad 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, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad. Y es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal”.

⁶ Como han recogido diversas resoluciones del Tribunal Supremo –«ad exemplum», de 15 de abril, 8 de julio y 5 de diciembre de 1.982, 14 de enero, 9 de julio y 19 de noviembre de 1.984–.

⁷ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 y 19 de noviembre de 1.985, 10 de marzo, 14 de abril, 2 de julio, 14 de noviembre y 16 de diciembre de 1.986, 20 de mayo, 22 y 23 de junio de 1.987, 5 de diciembre de 1.989, 6 de marzo, 24 de abril, 26 de julio, 11 y 19 de diciembre de 1.990, 14 de marzo, 6 y 23 de noviembre de 1.992, 122/1.994, de 23 de febrero y 603/1.994, de 14 de junio, 722/1.996, de 18 de septiembre y 998/1.996, de 26 de noviembre.

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23, 25 y 27 de febrero, 22 de mayo, 8 y 11 de junio, 21 de julio, 18 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre

y 28 de diciembre de 1.998.

⁹ Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería de 9 de diciembre de 2.003.

¹⁰ Circunstancia ésta que será abordada posteriormente en este estudio.

¹¹ Cfr., las pp. 2 a 7 del presente estudio.

¹² En esta línea, además de la problemática derivada del ejercicio de la acción de responsabilidad dirigido de forma exclusiva frente a la aseguradora de la Administración que será tratado en este estudio, es común, igualmente, el planteamiento de cuestiones relativas a la determinación de la Jurisdicción competente en aquellos casos en los que quien reclama ejercita la acción exclusivamente frente a la contratista que ejecuta una obra pública, si bien, parece que en estos casos, la solución, tanto en el orden contencioso-administrativo (cfr., en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de abril de 2.006), como en el orden civil (cfr., en tal sentido, las Sentencias de las Ilmas. Audiencias Provinciales de Asturias de 23 de febrero de 2.004 y de Bizkaia de 28 de abril de 2.006), viene siendo unánime a favor del orden contencioso-administrativo-

¹³ A título de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril, de 23 de junio o de 15 de julio, todas ellas de 2.003

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre y de 27 de diciembre de 2.002.

¹⁵ En tal sentido, son variadas las resoluciones judiciales, especialmente de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de nuestros Tribunales Superiores de Justicia las que, por un lado, vienen estimando tales pretensiones resarcitorias ejercitadas frente a las entidades aseguradoras, con condena al abono de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro –cfr., entre otras las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias de 24 de mayo de 2.006, o de Burgos –Castilla y León- de 9 de mayo de 2.001, y, por otro, vienen desestimando las mismas –cfr., en este sentido, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 23 de noviembre de 2.005, de Aragón de 17 de marzo de 2.005 y de 17 de septiembre de 2.003, o de Navarra de 18 de febrero de 2.005-.

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES DE CASTILLA-LA MANCHA

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero.- Autorización de inicio y Memoria.- Comienza la tramitación del anteproyecto de Ley con una *“Memoria justificativa de la conveniencia de tramitar el anteproyecto de ley de medios audiovisuales”*, suscrita el 12 de julio de 2006 por el Director General para la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones. Como objetivos de la norma se expresan en la citada memoria son: elevar al rango adecuado la regulación en nuestra región del ejercicio del derecho a informar y a recibir información veraz por estos medios; establecer el organismo regulador y las reglas que ha de aplicar; adaptar nuestro ordenamiento a la regulación básica estatal, que establezca un régimen sancionador; y una regulación adecuada del régimen de las concesiones o autorizaciones.

A continuación figura una Memoria económica, suscrita por citado Director General el 13 de julio de 2006, en la que se señala que la única incidencia que el anteproyecto tiene en materia presupuestaria –en materia de gastos- es la que deriva de la creación del Consejo Audiovisual, que se vería compensado con la creación de una tasa por las actividades administrativas reguladas en la misma. Concluye la Memoria señalando: *“-De la aprobación del Anteproyecto de Ley se derivan indudablemente nuevos gastos que habrán de ser asumidos con cargo a los Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha, y que se estiman, en cada uno de los primeros ejercicios de funcionamiento del Consejo Audiovisual, en 0,75 millones de euros. []-Al mismo tiempo, en el Anteproyecto de Ley se recogen medidas de generación de nuevos ingresos que –al menos- compensan el incremento de gasto en un porcentaje muy importante”*

En atención a la memoria cuyo contenido se acaba de describir el Consejero de Industria y Tecnología autorizó, mediante resolución de 13 de julio de 2006, el inicio de la tramitación del expediente de elaboración del anteproyecto de Ley.

Segundo.- Primer texto.- En el expediente remitido figura un primer borrador de anteproyecto de Ley que, acompañado de las Memorias antes señaladas, con fecha 18 de julio de 2006 fue remitido

a la Consejería de Economía y Hacienda recabando el informe previsto en el artículo 15 de la Ley 13/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2006.

Consta a continuación figura un informe jurídico suscrito, con fecha 11 de agosto de 2006, por el Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Industria y Tecnología, en el que después de reseñar los aspectos competenciales, señala: *“En definitiva, se considera que el proyecto debe ajustarse a la legislación básica en la materia, desarrollándola, en ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas, para adaptar su contenido a las peculiaridades de nuestra Comunidad Autónoma. Ese ajuste debe partir del respeto a la definición realizada por el Estado del servicio de televisión y radio como servicio público, así como de la regulación de los aspectos de ordenación y de contenidos definidos por la legislación básica existente y de aquellos otros no positivizados pero de los que debe predicarse su naturaleza básica por estar vinculados a la garantía de un tratamiento común y mínimo en todo el territorio nacional exigida por el interés general, lo que no impide una participación normativa autonómica, centrada esencialmente en la regulación del procedimiento de otorgamiento de los títulos habilitantes y sus facultades accesorias, la organización del ejercicio de las competencias propias, con la creación de los órganos administrativos que se consideren necesarios, y la adaptación puntual de la legislación y los principios básicos a las peculiaridades autonómicas en materias como programación o contenidos”*.

Seguidamente figura un primer informe al anteproyecto de Ley suscrito por el Director General de Presupuestos y Planificación Económica de la Consejería de Economía y Hacienda con fecha 3 de agosto de 2006, en el que se ponen reparos en cuanto a la personalidad jurídica y razones para la creación del Consejo Audiovisual, concluyendo: *“En consecuencia, esta Dirección General estima necesario replantear la figura jurídica del Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha y acompañar un informe que contenga las razones que justifican la mejor consecución de los fines perseguidos con la figura jurídica elegida, así como completar la memoria económica indicando la partida o partidas que se minorarán para financiar los incrementos presupuestarios derivados de la creación y puesta en marcha del Consejo, no pudiendo emitirse el informe a que hace referencia el artículo 15 citado, hasta que no se complete la memoria en el sentido aludido”*.

Consta igualmente un informe suscrito por la Directora General de Tributos de fecha 2 de agosto en el se requiere, para la emisión del informe al que alude el artículo 19.3 de la Ley 3/1990, de 18 de mayo, de Tasas y Precios Públicos, una memoria económica-financiera que

expresen los costes completos del servicio o actividad y justificar la cuantía de la tasa propuesta, teniendo en cuenta que su rendimiento no puede exceder del coste real o previsible de los servicios prestados. Por último realiza algunas observaciones referidas al ámbito de la técnica-jurídica.

Tercero.- Segundo texto.- Con fecha 27 de noviembre la Secretaria General Técnica de la Consejera de Industria y Tecnología remite a la Consejería de Administraciones Públicas un nuevo borrador del anteproyecto de Ley, que sustituye al que anteriormente había sido remitido, con fecha 30 de agosto, para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 3/1991, de Entidades Locales sea sometido a consideración del Consejo Regional de Municipios.

El día siguiente, es remitido de nuevo el texto modificado, junto con la Memoria económica y la Memoria justificativa de la creación de la tasa por servicios administrativos en materia audiovisual, suscritas ambas por el Director General para la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones, a la Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica, en solicitud del informe al que se refiere el artículo 15 de la Ley 13/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2006.

Asimismo con fecha 11 de diciembre de 2006, por la Secretaria General Técnica de Industria y Tecnología, se solicitó informe de la Dirección General de Función Pública relativa al régimen de incompatibilidades previsto en el anteproyecto de ley.

Seguidamente se acredita, en virtud de certificación emitida por el Secretario del Consejo Regional de Municipios, que el Pleno de dicho órgano acordó informar favorablemente el anteproyecto de Ley en su sesión de 13 de diciembre de 2006.

El Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Industria y Tecnología emitió informe sobre el texto del anteproyecto con fecha 13 de diciembre de 2006. En dicho informe se señala que se han atendido las observaciones que se hacían en su anterior informe, añadiendo no obstante que era conveniente *“huir de la reproducción de la legislación básica del Estado en aquellos supuestos en que no sea necesario para su comprensión”*. A continuación se efectúan una serie de observaciones en relación con preceptos concretos de la norma y se detallan los trámites que han de seguirse en su procedimiento de elaboración.

Cuarto.- Tercer texto.- El siguiente borrador de anteproyecto de Ley que consta en el expediente remitido es de fecha 13 de diciembre de 2006, figurando seguidamente el informe favorable al mismo emitido por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Industria y Tecnología.

Consta asimismo, informe del Director General de Función Pública de fecha 14 de diciembre de 2006 que concluye informando favorablemente el contenido del artículo 53 del borrador, a excepción de su apartado 2, el cual propone suprimir.

Se incluye en el expediente informe ampliatorio de la memoria económica suscrito por la Secretaria General Técnica con fecha 21 de diciembre de 2006, que es remitido a la Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica, donde se señalan los costes de la puesta en marcha del Consejo Audiovisual, los ingresos procedentes del régimen sancionador y de la exacción de la tasa, así como la aplicación presupuestaria correspondiente, adjuntando memoria económica donde se concretan los datos expuestos.

Figuran a continuación: informe del Gabinete Jurídico, de fecha 22 de diciembre de 2006, en el que se informa favorablemente el anteproyecto, aunque señala también la conveniencia de evitar reproducciones de la normativa estatal; informe favorable de la Dirección General de Tributos, de fecha 20 de diciembre de 2006, con observaciones al texto relativas al artículo 76; e informe favorable de la Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica, de fecha 21 de diciembre de 2006.

Quinto.- Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- Se integra a continuación en el expediente la propuesta de toma en consideración por el Consejo de Gobierno del anteproyecto de Ley, suscrita por el Consejero de Industria y Tecnología con fecha 26 de diciembre de 2006, acompañada de los anteriormente citados informes emitidos por la Secretaría General Técnica, Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica y Gabinete Jurídico.

En virtud de tal propuesta, y según se acredita con la certificación expedida por el Vicepresidente Primero, en su calidad de Secretario del Consejo de Gobierno, en reunión de fecha 9 de enero de 2007, dicho órgano acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley de medios audiovisuales de Castilla-La Mancha, al tiempo que acordó dis-

poner su remisión al Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen, según lo dispuesto en el artículo 35.2 y 51.2 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Sexto.- Texto sometido a dictamen.- El texto del anteproyecto de Ley que se somete a dictamen es de fecha 13 de diciembre de 2006, y consta de Exposición de Motivos, setenta y seis artículos estructurados en seis Títulos, divididos el II, III, IV y V en Capítulos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y dos finales.

En la Exposición de Motivos se alude al marco normativo y competencial en el que se inserta la norma proyectada, citando a estos efectos el artículo 21.1.d) de la Constitución, así como numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se ha resaltado la función de los medios de comunicación social como instrumento imprescindible para la formación de una opinión pública libre. Se señala que con esta norma se establece el régimen jurídico de los servicios de radio y televisión prestados al amparo de títulos habilitantes otorgados a la Comunidad Autónoma, que pretende acabar con la dispersión normativa existente en materia de prestación de servicios de radio y televisión, unificando en un mismo texto la regulación aplicable a los prestadores de tales servicios.

Aun cuando la regulación pretende establecer un régimen homogéneo para ambos tipos de servicios, en la misma se contemplan aquellas peculiaridades que, de acuerdo con la legislación básica, diferencian a los concesionarios del servicio público de radiodifusión sonora de los concesionarios del servicio público de televisión. Asimismo en esta Ley se contemplan las especialidades derivadas de la prestación del servicio público de radio y televisión por ondas terrestres directamente por los propios municipios.

Seguidamente se efectúa un resumen del contenido de los distintos Títulos en los que se estructura la Ley.

El Título I, dedicado a las Disposiciones Generales, define el objeto de la Ley, la naturaleza de los servicios de radio y televisión, los principios generales que han de inspirar la actuación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia audiovisual, así como los principios que han de regir la prestación de los servicios de radio y televisión regulados en la presente Ley.

El Título II regula el régimen jurídico de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios de radio y televisión en el ámbito de la Comunidad Autónoma, distinguiéndose entre la regulación de las concesiones para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora y televisión por ondas terrestres y de las autorizaciones para la prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, incluyéndose en relación con las primeras una previsión específica para el caso de que la prestación de dichos servicios públicos sea realizada de forma directa por los propios municipios.

El Capítulo I dedica su Sección 1ª a regular el régimen jurídico de otorgamiento de las concesiones de radio y televisión por ondas terrestres.

La Sección 2ª de este Capítulo entra en el análisis del régimen jurídico de las concesiones en sentido estricto, detallando las obligaciones que asumen los concesionarios así como las causas que pueden permitir al Consejo de Gobierno la modificación de las concesiones otorgadas.

El Capítulo II se dedica a regular las especialidades relativas a las concesiones otorgadas para la prestación de los servicios públicos de radio y televisión por ondas terrestres cuando éstos son gestionados directamente por las Corporaciones Locales.

El Capítulo III examina en su Sección 1ª el régimen jurídico de las autorizaciones para la prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, describiéndose las competencias que ostenta la Administración autonómica respecto de su otorgamiento y control. La Sección 2ª de este Capítulo regula las obligaciones de los prestadores del servicio de radio y televisión por cable.

El Título III crea el Registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha, bajo la dependencia de la Consejería competente en materia audiovisual de la Comunidad Autónoma, en el que se inscribirán las concesiones para la prestación de servicios públicos de radio y televisión por ondas terrestres, las autorizaciones para la prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable y sus respectivos titulares.

En el Título IV se crea el Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha, como “*autoridad independiente*” que asesora a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia audiovisual.

El Título V, establece el régimen de infracciones y sanciones aplicables, así como los órganos competentes para la imposición de éstas en función de su gravedad.

El Título VI crea la tasa por la realización de las actividades administrativas recogidas en la presente Ley dé lugar a la percepción de una tasa a cuyo pago estarán obligados todos los prestadores de servicios de radio y televisión, tanto públicos como privados, habilitados por títulos otorgados por la Comunidad Autónoma. Dicha tasa estará destinada a cubrir los gastos que ocasione a la Administración autonómica la realización de las actividades relativas al régimen de concesiones, autorizaciones e inscripción registral así como al régimen de supervisión, inspección y control establecidos en la presente Ley.

Las Disposiciones Adicionales se refieren a cuestiones diversas relativas fundamentalmente a la adopción de medidas necesarias para la constitución y puesta en funcionamiento del Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha.

Las Disposiciones Transitorias regulan el sistema de renovación de los miembros del Consejo Audiovisual (Disposición Transitoria Primera), las convocatorias de concursos anteriores a la constitución del citado Consejo (Disposición Transitoria Segunda) e imponen a los titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de difusión de televisión por cable la obligación de incluir en su oferta los canales analógicos que emiten TVE, S.A. Antena 3 TV, S.A., Gestevisión-Telecinco, S A., Sogecable, S.A. Gesten, de inversiones Audiovisuales La Sexta S.A. y Castilla-La Mancha Televisión, S.A. hasta el momento en que se produzca el cese definitivo de la emisión de televisión con tecnología analógica (Disposición Transitoria Tercera).

Mediante la Disposición Derogatoria Única, se derogan todas aquellas disposiciones de inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

La disposición final primera autoriza al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones de desarrollo de la Ley; y la disposición final segunda ordena la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, salvo las previsiones relativas a la certificación energética y su régimen sancionador, así como sobre organismos colaboradores autorizados, cuya entrada en vigor se difiere hasta su desarrollo reglamentario.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 10 de enero de 2007.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.-El artículo 54.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que este último órgano deberá ser consultado en los anteproyectos de Ley.

Procede, en consecuencia, emitir el presente dictamen sobre el anteproyecto de Ley de medios audiovisuales de Castilla-La Mancha, con el carácter preceptivo que le impone el citado precepto.

II

Examen del procedimiento tramitado.-Se analiza en la presente consideración el procedimiento sustanciado para la elaboración del anteproyecto de Ley sometido a dictamen.

El artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que el Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa mediante proyectos de Ley, determinando que los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como anteproyectos de Ley elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a su consideración.

Continúa el precepto indicando que asumida la iniciativa legislativa y a la vista del texto del anteproyecto, el Consejo de Gobierno decidirá sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acordará su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Examinado el expediente remitido, ha de concluirse que han sido realizados los trámites de carácter preceptivo derivados de lo establecido en el citado artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, y así el Consejo de Gobierno, en su sesión de 9 de enero de 2007, acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley de medios audiovisuales de Castilla-La Mancha y solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Asimismo han sido emitidos los siguientes informes preceptivos:

- Los emitidos por la Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica que sirve de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 13/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2006, que establece que necesitará la emisión de informe previo y preceptivo de la Consejería de Economía y Hacienda, todo proyecto de disposición de carácter general, así como los convenios, planes, programas o acuerdos en los que participe la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que impliquen gastos en ejercicios presupuestarios futuros, así como una minoración de los ingresos.

- El emitido por el Gabinete Jurídico, que resulta preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, apartado a) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de organización y funciones del citado órgano.

- Consta, que el Consejo Regional de Municipios emitió informe favorable al anteproyecto de Ley en sesión celebrada el 13 de diciembre de 2006, dándose con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 3/1991, de Entidades Locales.

La petición del dictamen a este Consejo Consultivo ha tenido lugar mediante oficio del Consejero de Industria y Tecnología suscrito con la misma fecha, conforme ha quedado expuesto en los antecedentes.

El texto no ha sido sometido a información pública. El artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que regula con parquedad los trámites debidos en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, no la hace exigible, dejando la decisión al caso para la determinación de los que resulten necesarios.

Tampoco ha sido sometido el anteproyecto al informe del Consejo Económico y Social, omisión que contrasta no ya con la seguida en la tramitación del Decreto 54/2000, de 21 de marzo, sobre el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres, sino con el "*carácter estratégico*" y la importancia económica y social que según la exposición de motivos atribuye la Junta de Comunidades al sector audiovisual.

En cuanto al resto de las actuaciones seguidas en la elaboración del anteproyecto consta una memoria suscrita por el Director

General para la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones en la que se indican los objetivos de la norma, los medios necesarios de cara a la implantación de las medidas de fomento que en ella se regulan, así como la conveniencia e incidencia de la misma y la resolución dictada por el Consejero de Industria y Tecnología por la que se autoriza el inicio del expediente de elaboración del anteproyecto de Ley.

Se completa la tramitación con los siguientes informes:

- Los emitidos por la Dirección General de Tributos en lo relativo a la creación de la Tasa por actividades administrativas, al que alude el artículo 19.3 de la Ley 3/1990, de 18 de mayo, de Tasas y Precios Públicos.
- El suscrito por la Dirección General de Función Pública sobre el régimen de incompatibilidades contenido en el artículo 53 del anteproyecto.
- El emitido por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Industria y Tecnología.
- Los suscritos por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Industria y Tecnología.
- El emitido por la Dirección General para la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones de la Consejería promotora.

Por todo ello, a la vista de las actuaciones que se acaban de describir, debe entenderse que han sido suficientemente observadas las previsiones que la Ley establece para la elaboración de las disposiciones de carácter general articuladas como anteproyectos de Ley.

Del contenido del expediente cabe destacar:

- Las advertencias que se hacen en los informes de los Servicios jurídicos y del Gabinete Jurídico sobre las dificultades que plantea la reproducción de legislación básica.
- Las objeciones suscitadas por la Dirección General de Presupuestos y Planificación Económica sobre la configuración del Consejo Audiovisual como un ente de derecho público con personalidad jurídica propia, aún cuando, en su segundo informe concluya informando favorablemente el anteproyecto de ley.
- Las precisiones efectuadas por la Dirección General de Tributos sobre la creación de la tasa, de la que hay que resaltar la que se refiere a la modificación de los elementos esenciales de la misma por Ley de Presupuestos.

III

Marco Normativo.- Prosiguiendo con la exposición del marco normativo en que se inserta la iniciativa, conviene señalar primeramente que la materia objeto de regulación se incardina con nitidez dentro del ámbito competencial de titularidad autonómica previsto en el artículo 32.9 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en virtud del cual se atribuye a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de “*Prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social, en el marco de las normas básicas que el Estado establezca de acuerdo con el número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*”.

Analizando el contenido del anteproyecto de Ley objeto de dictamen se aprecia que con él se pretende establecer una regulación de carácter general aplicable a los diversos medios audiovisuales de comunicación social sometidos a la previa obtención de concesión o autorización autonómica, así como determinadas regulaciones específicas relativas a aspectos concretos de algunos de ellos, siendo perceptible que las disposiciones proyectadas inciden visiblemente sobre cuatro ámbitos normativos sustantivos diferenciados, que se hallan afectados por la legislación básica estatal dictada al efecto, concernientes respectivamente a: el servicio público de televisión digital terrestre de ámbito autonómico, el servicio público de televisión local por ondas terrestres, el servicio público de radiodifusión sonora de frecuencia modulada y los servicios de difusión de radio y televisión por cable. Se advierte, por tanto, la singular importancia de proceder a una previa identificación de la normativa básica estatal dictada en cada una de dichas áreas materiales objeto de regulación -ciertamente dispersa y sujeta a constantes modificaciones-, como trámite previo a cualquier posicionamiento sobre la procedencia de las disposiciones incorporadas acogidas en el anteproyecto enviado para dictamen.

Conviene también señalar, a modo introductorio, que en la descripción del marco normativo objeto de estudio cabe también remitirse a lo ya señalado en otros anteriores dictámenes del Consejo atinentes a varios proyectos de Decreto orientados a la regulación de los servicios de radiodifusión sonora con frecuencia modulada –el 45/1998, de 12 de mayo, y el 162/2005, de 3 de noviembre- y del servicio público de televisión local por ondas terrestres –el 20/2000, de 21 de marzo- y, especialmente, a lo señalado en el más reciente de ellos, en el que se efectuaba la siguiente exposición sobre los títulos competenciales estatales

y autonómicos concernidos, haciendo un repaso pormenorizado de las sucesivas modificaciones acaecidas en la normativa estatal de referencia:

“ [...] Junto con esta previsión del Estatuto de Autonomía [la de su artículo 32.9], que condiciona la competencia autonómica a las normas básicas que pueda establecer el Estado, debe tenerse en cuenta que éste ostenta títulos competenciales distintos con incidencia en la materia, fundamentalmente, su competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21^a de la Constitución), o la competencia en el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de la legislación básica sobre concesiones administrativas (artículo 149.1.18^a). [] Sobre este entrecruzamiento de competencias estatales y autonómicas se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que, en síntesis, ha establecido que los aspectos de la regulación relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución), esto es, la actividad de difusión de sonidos o imágenes dirigidos al público incluida la concesión necesaria para la gestión indirecta del servicio, corresponde a la competencia “medios de comunicación social”, competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas en los términos del número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución y, en nuestro caso, del apartado 9 del artículo 32 del Estatuto de Autonomía (entre otras, Sentencias 168/1993, de 27 de mayo, 244/1993, de 15 de julio y 278/1993, de 23 de septiembre). [] Por el contrario, la regulación de los aspectos técnicos del soporte o instrumento del que se sirve la radio quedan dentro de la materia telecomunicaciones, competencia exclusiva del Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.21^a de la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya desde su Sentencia 26/1982, de 24 de mayo, ha sostenido la competencia estatal para la aprobación de las normas delimitadoras de la utilización del espacio radioeléctrico, la elaboración de los planes necesarios para su correcto aprovechamiento, la atribución de frecuencias y potencias en el marco de dichos planes y la fijación de las condiciones técnicas de las instalaciones emisoras y su inspección. [] Junto a esta delimitación del contenido de los diversos títulos competenciales, fundamentalmente establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo, debe señalarse que el Estado, incluso fuera de los aspectos que se refieren a la concesión de frecuencias, dominio público del Estado, y los que técnicamente conlleva dicha competencia, mantiene la competencia para establecer las bases del régimen de los medios de comunicación social, incluyendo la radio, lo que le permite establecer los principios, el mínimo común denominador en la materia y, por la utilización de la técnica de concesión para la gestión indirecta del servicio, la competencia para regular la concesión administrativa que, como ya señalamos, le atribuye el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. [] Ha sido el propio legislador estatal, junto a la depura-

ción efectuada por el Tribunal Constitucional, el que ha determinado el alcance de las competencias estatales y autonómicas en la materia, fundamentalmente con la aprobación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que establecía la competencia de las Comunidades Autónomas para la concesión de la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión sonora en onda métrica con modulación de frecuencia (apartado 5 del artículo 26 de dicha Ley) así como la legislación básica sobre dichas concesiones (Disposición Adicional sexta de la misma Ley). “[] Por otra parte, el propio legislador estatal en la Ley 11/1991, de 8 de abril, de Organización y Control de Emisoras Municipales, estableció las normas básicas de la prestación del servicio de radiodifusión sonora en onda métrica con modulación de frecuencia por medio de emisoras de titularidad municipal, fijando los principios de la prestación del servicio, las formas de gestión municipal y financiación y de control de dicha actividad. [] La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, no vino a alterar esencialmente el marco normativo anteriormente descrito, al establecer en su Disposición Transitoria sexta la vigencia, en tanto se apruebe la normativa específica que regule dichos servicios, de los artículos 25, 26 y la Disposición Adicional sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, vigencia igualmente declarada por la Disposición Derogatoria Única de dicha Ley 11/1998, que, por otra parte, no contraviene ni deroga expresamente las previsiones de la ya citada Ley 11/1991. [] Asimismo, la actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tampoco ha supuesto alteración del citado marco normativo, dado que la derogación que la misma ha efectuado de la Ley 11/1998, de 24 de abril, no afecta a su Disposición Transitoria sexta (expresamente excluida) que, conforme ya se ha señalado, mantiene la vigencia de la regulación contenida en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, en lo relativo a la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión sonora (artículo 26.5) y a los requisitos aplicables a dichas concesiones (Disposición Adicional sexta). [] Para culminar con la exposición del marco normativo estatal procede referirnos a dos disposiciones con incidencia en la materia objeto de dictamen. Nos estamos refiriendo en primer término a la modificación efectuada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, del apartado 2. a) de la Disposición Adicional sexta de la citada Ley 31/1987, de 18 de diciembre [...]; y en segundo término a la modificación efectuada por la reciente Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, de los apartados 1.d) y 1.e) de la misma Disposición Adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre [...].”

Lo señalado en el texto previamente transcrito, que incorpora las principales referencias normativas imperantes en el ámbito de la radiodifusión local con modulación de frecuencia, ha de ser completado

mediante la identificación de las restantes disposiciones estatales con trascendencia en cada uno de los restantes campos de regulación abordados por el anteproyecto de Ley.

Así, dentro del área de la televisión digital terrestre de ámbito autonómico, procede señalar que su actual regulación encuentra origen en lo dispuesto en el apartado cuarto de la disposición adicional cuadragésimo sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, donde se establecía: *“Las concesiones para la gestión indirecta de los servicios públicos de radiodifusión y de televisión con tecnología digital terrenal por entidades privadas, serán las que resulten técnicamente posibles, según la disponibilidad del espectro radioeléctrico y con arreglo a los planes técnicos para la prestación de los servicios de radiodifusión y de televisión digital terrenal que apruebe el Gobierno. Su otorgamiento se llevará a cabo por el Estado si su ámbito es estatal y por las Comunidades Autónomas si es autonómico o local.”*

Sentada esta premisa, y en orden a delimitar el marco normativo operante en este concreto ámbito de difusión audiovisual, conviene reproducir el contenido del artículo 4 del Reglamento general de prestación del servicio de televisión digital terrestre, aprobado por Real Decreto 945/2005, de 29 de julio –dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado enunciada en el artículo 149.1.27^a de la Constitución-, en el que se determina el régimen jurídico básico aplicable a la gestión de dicho servicio, con amplia exposición de los principales referentes normativos a tener en consideración, señalando: *“1. La gestión directa del servicio se ajustará a lo establecido en la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, y en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, Reguladora del Tercer Canal de Televisión, y a lo que, en su caso, establezca la normativa que la sustituya. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, y sus sucesivas modificaciones. En lo relativo a contenidos, será de aplicación la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y sus sucesivas modificaciones. [] 2. La gestión indirecta del servicio por entidades privadas se ajustará a lo dispuesto en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, en lo no modificado por la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y, en particular, a lo establecido en su capítulo II, sobre el régimen jurídico de la concesión; en su capítulo III, sobre las sociedades concesionarias, y en su capítulo IV, sobre el régimen de infracciones y sanciones. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto en la Ley 41/1995, de 22*

de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, y sus sucesivas modificaciones, y en lo relativo a contenidos, la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y sus sucesivas modificaciones.”

En relación con la regulación de la concesión y forma de prestación del servicio público de televisión local por ondas terrestres, el principal sustento normativo lo constituye la ya aludida Ley 41/1995, de 22 de diciembre –cuyas determinaciones han sido dictadas por el Estado con invocación de los títulos competenciales enunciados en los apartados 21^a y 27^a del artículo 149.1 de la Constitución-, y que ha sido objeto de dos importantes modificaciones a través de la Ley citada 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo.

En cuanto a la regulación estatal existente en materia de radio y televisión digital por cable, la principal referencia legal sobre su caracterización normativa se encuentra en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones –dictada igualmente con alusión al artículo 149.1.27^a de la Constitución-, en la que se expresa: “*Los servicios de difusión de radio y televisión por cable se prestarán en régimen de libre competencia, en las condiciones que se establezcan por el Gobierno mediante reglamento. Para su prestación en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma será preceptiva la previa obtención de una autorización administrativa estatal y su inscripción en el registro que a tal efecto se llevará en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. [] Los operadores cuyo ámbito territorial de actuación no exceda del correspondiente al de una comunidad autónoma deberán solicitar la autorización al órgano competente de la misma. Dichas autorizaciones se inscribirán en los registros establecidos al efecto por cada comunidad autónoma. [...]*”. Asimismo, recientemente, se ha producido la aprobación del Reglamento General de Prestación del Servicio de Radio y Televisión por Cable mediante el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, aprobado igualmente con el carácter de normativa básica estatal dictada al amparo del artículo 149.1.27^a de la Constitución.

Procede cerrar, por último, la referencia a la normativa básica estatal dictada en materia de medios de comunicación social, con la alusión a una norma de rango legal con incidencia en varios de los cauces mediá-

ticos previamente reseñados –televisión autonómica, televisión local, y radio y televisión por cable-, en tanto que su objeto se proyecta más sobre los contenidos susceptibles de transmisión audiovisual que sobre las peculiaridades del régimen administrativo del medio de difusión utilizado, haciendo mención a la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y cuyo articulado aborda cuestiones como la promoción de programas de producción europea, la regulación o limitación de la publicidad, la protección de los menores o la información sobre la programación.

Finalmente, debe efectuarse una última referencia a las disposiciones reglamentarias ya aprobadas por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de medios audiovisuales, haciendo mención al Decreto 59/1998, de 9 de junio, regulador de la gestión indirecta del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia –analizado en el dictamen de este Consejo 45/1998, de 12 de mayo-, que ha sido modificado recientemente mediante Decreto 120/2006, de 5 de diciembre, -examinado en el dictamen 162/2005, de 3 de noviembre-, así como al Decreto 54/2000, de 21 de marzo, de régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres –valorado en el dictamen de este Consejo 20/2000, de 21 de marzo-.

IV

Observaciones de carácter esencial.- Pasando ya el examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, procede primeramente efectuar varias observaciones a las que ha de atribuirse carácter esencial:

1.- El Título V del anteproyecto de Ley se ocupa del establecimiento del régimen sancionador aplicable a las actividades de difusión audiovisual sujetas al ámbito de aplicación del mismo, dedicando sus artículos 68, 69, 70 y 71 a la tipificación de las conductas constitutivas de infracciones –muy graves, graves o leves- y el 72 a la determinación de las correspondientes sanciones.

En efecto, el articulado referido responde al propósito refundidor al que se hace referencia en el párrafo 1 del apartado II de la Exposición de Motivos, y que encuentra para su consecución el grave impedimento de tener que hacer frente a la dispersión normativa y falta de unifor-

midad existente en la legislación básica estatal, constituyendo dicha circunstancia un serio obstáculo de compleja superación.

El repaso de la normativa básica estatal existente en cada uno de los cuatro ámbitos diferenciados de regulación identificados en la consideración III, hace posible advertir que existen normas de carácter sancionador en las disposiciones relativas a la regulación de la televisión privada –artículos 24 y 25 de Ley 10/1988, de 3 de mayo, aplicable a la televisión de ámbito autonómico por virtud de lo previsto en el artículo 4.2 del Real Decreto 945/2005, de 29 de julio-, de la televisión local por ondas terrestres –artículos 16 y 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre- y de las obligaciones y prohibiciones aplicables a todo tipo de radiodifusión televisiva en materia de producción europea propia, restricciones a la publicidad y televenda, protección de los menores e información a los usuarios sobre la programación –artículos 19 y 20 de la Ley 25/1994, de 12 de julio-. Asimismo, existe un precepto de carácter sancionador aislado que afecta transversalmente a todos los medios de radiodifusión y televisión por ondas terrestres, que se halla localizado en el todavía vigente artículo 25. 1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre, en el que se establece –versión actual, extraída de la Ley 10/2005, de 14 de junio- que el incumplimiento del requisito de obtener la previa concesión administrativa para la prestación de dichos servicios públicos *“se tipifica como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación del oportuno régimen sancionador, pudiendo adoptarse como medida de carácter provisional el cierre de la actividad. Esta infracción implicará una multa económica entre 6.000 y 1.000.000 de euros [...]”* De otro lado, las vicisitudes acaecidas en la evolución de la regulación estatal sobre telecomunicaciones y medios de difusión audiovisual –en concreto, el singular tratamiento dado a la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, que hoy está derogada íntegramente, salvo unos pocos preceptos que vienen siendo objeto de continua modificación-, permiten llegar a la conclusión de que en la actualidad no existe normativa básica estatal que contenga un régimen sancionador específico aplicable a los ámbitos de la radiodifusión sonora de frecuencia modulada y de la radio y televisión por cable, en donde la regulación autonómica, por tanto, no se hallaría constreñida por la observancia de lo determinado en la legislación estatal.

El panorama descrito con anterioridad ya deja entrever la dificultad que conlleva cualquier tentativa autonómica de instaurar un régimen sancionador común aplicable a todas las diferentes áreas de regulación indicada –que refunda el establecido por el Estado a través de diversas normas básicas y el previsto por la Comunidad Autónoma- y, si bien la

problemática relativa a la adecuada tipificación de infracciones podría quedar solventada con un minucioso seguimiento y reproducción de cada uno de los tipos de infracción y particularidades configurados por la normativa básica estatal, lograr una homogeneidad en la tabla de sanciones constituye empresa aún más difícil, toda vez que los cuadros de sanciones económicas establecidos en cada una de las leyes estatales precitadas recogen diferentes tramos de cuantías que no coinciden, en ningún caso, con las determinaciones acogidas en el artículo 72.1 del anteproyecto.

La cuestión suscitada ha sido tratada en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional, incluso dentro del ámbito de los medios audiovisuales y las telecomunicaciones abordado por la tan citada Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones –véase, FJ. 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo-, pudiendo hacerse alusión, para recoger doctrina más reciente, a lo señalado en la Sentencia 157/2004, de 21 de septiembre, en cuyo fundamento jurídico 15 se manifiesta: *“Para abordar el enjuiciamiento del art. 72.1 tenemos que partir de nuestra doctrina sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, respecto de la cual hemos señalado en el fundamento jurídico 8 de la , que: «debe señalarse ante todo su carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, como hemos declarado en diversas resoluciones (, F. 25; , F. 29; , F. 7). De ahí que las Comunidades Autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; , F. 8; 196/1996, de 28 de noviembre, F. 3). La regulación de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (RTC 227/1988, de 29 de noviembre , F. 29) y, en todo caso, habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE; de igual modo el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al “administrativo común”, cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE), sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador; por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado (, F. 8)”*.

La doctrina anterior no es óbice para que en determinados casos en que las Comunidades Autónomas han dictado normas de índole sancionadora con incidencia sobre disposiciones de igual carácter aprobadas por el Estado con el rango de normativa básica, se haya admitido que

está al alcance de aquéllas la introducción de diversas modulaciones en materia de tipificación de infracciones o de determinación de sanciones, siempre que dicho apartamiento de la regulación básica discurra dentro de ciertos límites.

En tal sentido cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitución 87/1985, de 16 de julio, en la que se significa: *“Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al «administrativo común», cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones -en el marco ya señalado-, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Por lo que aquí importa, y ya que lo impugnado es la modificación en las sanciones, puede decirse que la norma autonómica no infringirá lo dispuesto en el art. 149.1.1 si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta también considerada ilícita en el ordenamiento general y si tal sanción se proyecta sobre un bien (el reconocido en el art. 38 CE, en este caso) que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal, sin llegar a afectar a otros derechos constitucionalmente reconocidos.”*

En esta misma línea argumental abunda lo señalado en la posterior Sentencia 96/1996, de 30 de mayo, FJ 5, en el que el alto Tribunal señala: *“El Gobierno Vasco entiende que, al salvar en el plano legislativo «la posibilidad de tipificación por las Comunidades Autónomas, como muy graves, graves o leves, de otras infracciones de sus propias normas en materia de ordenación y disciplina», la Ley implica que el régimen sancionador establecido por la normativa estatal queda agotado, sin que la legislación vasca pueda llevar a cabo un desarrollo normativo de las propias normas básicas estatales. [] La alegación no puede ser aceptada. El inciso final del art. 42.1 LDIEC se limita a reconocer que las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito pueden tipificar infracciones distintas a las enumeradas en la Ley estatal, como garantía del cumplimiento de sus propias normas de ordenación y disciplina. Este reconocimiento no afecta a la cuestión, bien distinta, de si las Comunidades Autónomas han de atenerse a la literalidad de las infracciones y sanciones establecidas por la misma Ley 26/1988, o pueden modularlas, según las exigencias de prudencia u oportunidad presentes en los distintos ámbitos territoriales, y con respeto a las exigencias de reserva de ley y de claridad normativa que emanan del art. 25 CE, y de la pro-*

hibición de divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio que se asienta en el art. 149.1.1 CE (SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8.º y 48/1988, fundamento jurídico 25). Por lo que la impugnación debe ser desestimada.”

A raíz de dicha doctrina, puede alcanzarse la conclusión de que la capacidad de configuración de un régimen sancionador por el legislador autonómico con incidencia sobre ámbitos sustantivos concretos donde también opere y tenga incidencia un régimen sancionador estatal dotado de la condición de normativa de carácter básico, debe tener como límite que los criterios de tipificación utilizados por la legislación autonómica no puedan suponer que determinadas conductas constitutivas de infracción según la regulación estatal dejen de ser conceptuadas como tales, que reciban una calificación de distinta gravedad infundada o generadora de divergencias irracionales y desproporcionadas, o que puedan dar lugar a la imposición de sanciones que, apartándose de las previsiones establecidas al efecto por la normativa básica estatal, no queden amparadas por las posibilidades de modulación ineludiblemente asociadas a las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que el legislador autonómico pueda agregar nuevos tipos de infracción tendentes a la punición de incumplimientos de obligaciones impuestas únicamente por la regulación autonómica o a ocupar ámbitos sustantivos sancionadores donde no exista regulación básica estatal.

Partiendo de esta máxima, el cotejo minucioso de los listados de infracciones tipificados en la legislación básica estatal previamente identificada permite detectar, cuando menos, algún supuesto en el que la comisión de determinados hechos dentro de algún ámbito audiovisual concreto puede dar lugar a medidas sancionadoras claramente diferentes de las que corresponderían dentro de los márgenes impuestos por dicha regulación estatal.

Así, sin ánimo de ser exhaustivos, puede hacerse referencia a las contravenciones del ordenamiento contempladas en el artículo 20.2, párrafo segundo, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que remite al 17.1 y 4 de la propia Ley, relativas a la inclusión de programas, escenas o mensajes “que puedan perjudicar seriamente al desarrollo físico, mental o moral de los menores”, o los que fomenten la discriminación por razón de “nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”. Pues bien, el incumplimiento de estas obligaciones se conceptúa en dicho artículo 20.2 como infracción muy grave, que deber ser sancionado, conforme al apartado 3 del mismo, con multa de entre 300.506,06 euros y 601.012,10 euros –cifras tomadas de la adaptación

a euros producida por Resolución de 1 de noviembre de 2001 de la Subsecretaría del Ministerio de Ciencia y Tecnología-. Por el contrario, el régimen sancionador contenido en el anteproyecto no contempla expresamente este hecho punible dentro de las infracciones calificadas como muy graves, debiendo considerarse subsumido dentro del artículo 70 –“*infracciones graves*”-, apartado 1.a), relativo al incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 14 –cuyos apartados 1 y 3, aseguran la pervivencia de las obligaciones dimanantes de lo establecido en la legislación básica estatal-, y en virtud de lo cual correspondería la imposición de una sanción económica de entre 10.001 y 60.000 euros, que necesariamente se halla fuera de los márgenes numéricos previamente indicados.

En el mismo sentido, cabe hacer referencia al tratamiento de las conductas constitutivas de vulneración de los principios inspiradores del servicio de televisión local por ondas terrestres –enunciados en el artículo 6 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, a semejanza de lo previsto en el artículo 25.2 del anteproyecto de Ley-, y que según lo contemplado en el artículo 16.2.a) de la referida ley estatal tendría la consideración de infracción muy grave, mientras que el anteproyecto de Ley sometido a dictamen incluye dicha contingencia dentro del artículo 70.1.b), con la calificación de infracción grave. Ahora bien, en este caso la indeterminación del cuadro sancionador de la Ley 41/1995, que sólo precisa que las infracciones muy graves deben ser sancionadas con multa de “*hasta 60.101,21 euros*”, permitiría que la imposición de sanciones por aplicación de la regulación proyectada, que prevé el castigo de las faltas graves con multas de entre 10.001 y 60.000 euros, encuentre un amplio espacio de coincidencia en que la cuantía de la sanción impuesta puede quedar igualmente encuadrada dentro de las determinaciones establecidas en la regulación básica estatal, partiendo, no obstante, de una distinta calificación sobre su gravedad.

Finalizando con el examen de los cuadros sancionadores vigentes –artículos 25 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo; 20.3 de la Ley 25/1994, de 12 de julio; y 16.2 de la Ley 41/21995, de 22 de diciembre -y centrándose en la comparación de los tramos delimitados por los importes máximos y mínimos señalados para cada tipo de infracción –muy graves, graves y leves-, todos ellos adaptados al euro por la antedicha Resolución de 1 de noviembre de 2001, se observa que la tabla de sanciones económicas incorporada al artículo 72.1 del anteproyecto no coincide con ninguna de las regulaciones estatales precitadas –diferentes, a su vez, entre sí- de suerte que aunque existen áreas de coincidencia entre algunos márgenes estatales y autonómicos, ésta resultaría prác-

ticamente inoperante en el caso de las sanciones por infracciones muy graves definidas en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que deberían sancionarse con multas comprendidas entre 1 y 60.101,21 euros, en tanto que el precepto proyectado establece para ellas un tramo situado entre 60.001 y 1.000.000 euros. De otro lado, habría que reconsiderar la viabilidad de las sanciones de suspensión y revocación recogidas en el artículo 70.1.a) del texto analizado, con proyección sobre un bien jurídico distinto del patrimonio económico del infractor, en cuanto no estuvieran previstas para igual tipo de infracción en la normativa básica estatal de referencia, tantas veces citada.

Por todo ello, puede concluirse que, estando al alcance del legislador autonómico hacer uso de las posibilidades de modulación admitidas por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, la introducción de modificaciones que supongan una alteración significativa de los tipos infractores o de los cuadros de sanciones configurados en la legislación básica estatal, sin visible sujeción a las pautas establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional, constituye una práctica normativa de considerable riesgo, a ponderar caso por caso, cuyo uso infundado puede poner en compromiso la constitucionalidad de la regulación proyectada.

2.- En otro orden de cosas, pero incurriendo igualmente en la discrepancia tipológica cuestionada en el apartado precedente, los artículos 69.1.j) y el 70.1.e) definen sendos tipos de infracción vinculados a la repetición de conductas en la comisión de infracciones, previendo el primero de ellos que constituye falta muy grave *“la comisión, en el plazo de un año, de dos o más infracciones graves cuando así se haya establecido por resoluciones firmes”*, y el segundo, en parecidos términos, que constituye infracción grave *“la comisión, en el plazo de un año, de dos o más infracciones leves cuando así se haya establecido por resoluciones firmes”*.

Como se ha apuntado previamente, en este aspecto el anteproyecto de Ley tampoco ha realizado una transcripción literal de los tipos infractores análogos radicados el artículo 24, apartados 2.g) y 3.g) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, y 20.2, párrafo tercero, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en donde la conducta punible se define como la comisión de una infracción muy grave o grave, cuando se hubiere sido sancionado en el plazo de un año por dos o más infracciones de menor, igual o superior gravedad -según los casos-, redacciones que no merecerían el reproche de inconstitucionalidad que se formula a continuación respecto de lo previsto en el anteproyecto de Ley.

Para ello, basta traer el colación lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005, de 7 de julio, en el que se analizaba la viabi-

lidad de un precepto de similar contenido al de los dos aquí examinados, en la que se declaraba: “4.- [...] *el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente, o, en otros términos más directos, concurre en él el elemento relativo a la identidad de hechos exigido para la aplicación del principio non bis in idem. Y es que, en efecto, el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones nuevas de un mismo infractor -realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la -, sino que se persigue sancionar; siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves tras la conclusión de los correspondientes procedimientos sancionadores.*”; concluyendo su fundamento jurídico 6: “*En definitiva, el art. 27.3 j) de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al tipificar como falta disciplinaria muy grave el «[H]aber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año», resulta contrario a la garantía que representa el principio non bis in idem en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas, tal y como ya hemos visto, una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio non bis in idem, pero esta vez desde la perspectiva formal, procesal o, si se quiere más correctamente, procedimental.*”

Señalado lo anterior, debe significarse que los tipos infractores configurados en los dos preceptos del anteproyecto mencionados -artículos 69.1.j) y 70.1.e)-, incurrirán igualmente en la vulneración del principio de “non bis in idem” reprobada por el Tribunal Constitucional, pues las conductas que se pretenden castigar con los mismos no derivan de actos nuevos que deban ser objeto de corrección, sino de la mera comisión de dos previas infracciones ya sancionadas por resolución firme.

3.- Asimismo, respecto a la instauración de la tasa regulada en el Título VI del anteproyecto, se considera ineludible introducir una referencia a la misma en el título de la Ley, no sólo por la trascendencia que dicha normativa presenta dentro de su articulado, sino porque la alusión a tal regulación tributaria en el título de la disposición constituye una exigencia que viene impuesta por lo señalado en el artículo 9.1 de

la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el que se establece que *“las leyes y los reglamentos que contengan normas tributarias deberán mencionarlo expresamente en su título y en la rúbrica de los artículos correspondientes”*.

V

Otras observaciones de orden conceptual y de técnica o sistemática normativa.- Procede finalmente exponer otras cuestiones de orden conceptual, de técnica normativa o simples extremos de redacción suscitadas por el texto del anteproyecto, cuya atención redundaría en beneficio de la calidad técnica de la disposición:

A).- De carácter general.-

1.- El texto del anteproyecto contiene numerosas previsiones que con diferente técnica y planteamiento suponen una reproducción literal o una traslación de contenidos extraídos de la legislación básica estatal identificada en la consideración III. Así, se advierte cómo lo establecido en el artículo 8, sobre los requisitos necesarios para el acceso a la concesión, se corresponde con determinaciones análogas localizadas en la ley 10/1988, de de mayo –artículo 18.2-, en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre –artículo 13- o en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre –disposición adicional sexta, apdo. 1-. Similar correspondencia es posible detectar al examinar el contenido de los artículos 16, 18 y 19 del anteproyecto, concernientes a la transmisión, duración y renovación de las concesiones. Igualmente, es posible establecer la procedencia básica de algunos de las obligaciones impuestas a los concesionarios en el artículo 14 del anteproyecto –v.gr. el recogido en el apartado 2. h del mismo, que se identifica con lo plasmado en el artículo 19.3 de la Ley 25/1994, de 12 de julio-. Asimismo, la regulación acogida en el Capítulo III del Título II del anteproyecto, relativa a la prestación del servicio de radio y televisión por cable, encuentra un amplio paralelismo con lo establecido en el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General del prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

Esta profusa conexión de la regulación proyectada con numerosas disposiciones constitutivas de normativa básica estatal hace conveniente recordar la doctrina enunciada continuamente por este Consejo sobre la consideración que merece la reproducción de legislación básica en los textos normativos aprobados en la Comunidad Autónoma, cabiendo citar al efecto lo señalado en el dictamen 1/1999, de 12 de

enero, relativo al anteproyecto de Ley de Conservación de la Naturaleza y Evaluación del Impacto Ambiental, que acudía reiteradamente a la reproducción de legislación básica estatal, y en el que se señalaba: “*En su dictamen número 31/1997, de 13 de mayo, este Consejo afirmaba a propósito de esta cuestión que “...el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en reiteradas ocasiones (...) contrario a dicha técnica legislativa, a la que califica de peligrosa por estar abierta a potenciales inconstitucionalidades que se producirían cuando el precepto básico reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose la norma autonómica que lo reproducía (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 16271996)”. Sin hacer cuestión de esta doctrina, el Consejo estima en el caso de aquél dictamen que dadas las particularidades de la normativa básica en la materia objeto del mismo (Cajas de Ahorro) podía estar justificada esa técnica en beneficio de la comprensión de la norma autonómica; lo cual no impidió al Consejo advertir que “seguida esa opción, la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal y que si bien no cabe exigir, a este respecto, una transcripción literal de ésta, sí es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que, sobre la materia, hayan sido declarados básicos; de otra forma si la reproducción es parcial, podría interpretarse que los aspectos de la regulación estatal no recogidos se excepcionan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así en un evidente vicio de inconstitucionalidad.”*

Una vez realizada la opinión técnica, traer al texto legal autonómico numerosos preceptos contenidos en la normativa básica, ha de repasarse el texto para lograr que su reproducción literal sólo se altere cuando sea imprescindible, cuidando con esmero en estos casos de no alterar su contenido normativo. Procedería también dejar constancia de la técnica empleada, y aún de la identificación de los preceptos incorporados por ser normativa básica del Estado.

2.- El texto sometido a dictamen incluye en su articulado varias previsiones de desarrollo reglamentario a las que queda supeditada la operatividad de los respectivos preceptos –así, los artículos 14.2.d, 14.3.) o 20.3.a)-, de tal manera que, a modo de ejemplo, en el primero de ellos, queda pospuesta la obligación de los concesionarios de difundir comunicados y declaraciones de los órganos de la Junta a la aprobación del reglamento.

El uso de la técnica descrita, con dispar incidencia en los diversos supuestos planteados, lleva a formular la recomendación de que se reconsidere, en cada caso, la conveniencia de condicionar la virtualidad de dichos preceptos tan sólo a la concreción de los aspectos que se dejan postergados para un posterior desarrollo reglamentario, máxime cuando

en la disposición final primera del anteproyecto no se incluye previsión alguna sobre el plazo en el que el Consejo de Gobierno debe hacer uso de las competencias de desarrollo que le son expresamente atribuidas.

B).- De carácter particular.-

1.- Título de la Ley.- Antes de pasar al examen detallado del articulado de la norma, y a la vista de su estructura y contenido, además de lo señalado con carácter esencial sobre la creación de la tasa, estima este órgano consultivo que, dada la relevancia que en el mismo cobra la creación y regulación del Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha, como ente de Derecho Público dotado de personalidad jurídica propia, al que se dedican 20 de los 76 artículos conformadores de la disposición convendría hacer una referencia al mismo en el propio título de la misma, en el entendimiento de que con ello se favorecería la divulgación y localización de la regulación del citado organismo.

2.- Exposición de Motivos.- La Exposición de Motivos del anteproyecto descuida significativamente en la descripción del marco normativo en el que viene a insertarse la disposición, la referencia al título competencial del Estado –artículo 149.1 27ª de la Constitución- que se halla estrechamente relacionado con el que es ejercitado por la Comunidad Autónoma –artículo 32.9 del Estatuto de Autonomía-, resultando igualmente conveniente hacer alusión en el mismo a las principales disposiciones estatales donde se encuentran localizadas las normas básicas existentes en la materia, a las que de forma genérica se hace referencia en diversos pasajes del anteproyecto.

También es objetable que el intento de refundir la normativa aplicable en materia de radio y televisión -que se hace con reproducción de normas básicas- se conceptúe como un principio del régimen jurídico que la ley “define”.

De otro lado, la referencia a “*dicho Capítulo*” ubicada en la quinta línea del séptimo párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos resulta inexacta, pues tanto las determinaciones posteriores a dicha expresión, como el párrafo en el que se encuadra, ponen de manifiesto que en realidad debe quedar referida a “*dicha Sección*” –la 1ª del Capítulo I-.

Asimismo, la alusión al artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, acogida en el párrafo noveno del mismo apartado III, debe ser sustituida por la del artículo 85.3 del citado cuerpo legal.

3.- Artículo 1.- Este precepto que sin llevarlo a su título regula no sólo el objeto de la ley sino su ámbito de aplicación, describe el objeto muy parcialmente, puesto que también crea y regula el Consejo Audiovisual y la tasa. Pero incluso la descripción parcial del objeto no resulta clara por la ausencia de un artículo que establezca el ámbito de aplicación, señaladamente el subjetivo, de la ley: lo que a pesar de la clara expresión que comporta su literalidad puede hacer surgir la duda sobre este último aspecto, que quedaría reducido a los beneficiarios de títulos habilitantes otorgados por la Junta, con exclusión de otros sujetos que en leyes autonómicas, en la misma materia quedan sometidos a su ámbito de aplicación.

4.- Artículo 7. 2.- Puede culminar sin el añadido de que el pliego será *“de acuerdo”* con lo establecido en el artículo, porque es una obviedad, cuya referencia aquí traída, no añade nada. Tampoco añade nada la referencia al informe del Consejo Audiovisual, sino dudas sobre el sentido que haya de dársele al concepto indeterminado *“deberá contar”*. No parece que con esto se le quiera dar fuerza vinculante u obstativa como sí han hecho con claridad otras leyes autonómicas. Si así se pretende debe exponerse con claridad y no en esta forma abierta a equívocos que en su literalidad no parece ir más allá de la reiteración de la exigencia del informe preceptivo para la aprobación del pliego de condiciones que rija el concurso.

5.- Artículo 10.- En el artículo 10.3 a), relativo la participación municipal en el proceso de elaboración de los Pliegos de Condiciones para la adjudicación de concesiones de radiodifusión sonora y de televisión de ámbito local se dice que *“las entidades locales emitirán los correspondientes informes preceptivos previstos en el artículo 9.2 sobre el contenido de los pliegos”*, resultando dicha remisión al artículo precedente verdaderamente equívoca, puesto que lo que se contempla en el mismo es un informe municipal que se emitirá *“una vez recibidas las ofertas”*, siendo, por tanto, muy posterior al momento en que todavía esté elaborándose el Pliego de Condiciones rector del procedimiento de adjudicación. De tal manera, la puesta en común de ambos preceptos hace surgir la duda de si se pretende que exista una intervención municipal consistente en la emisión de informe en ambos momentos, si ésta quiere circunscribirse al trámite de redacción de Pliego de Condiciones, o bien sólo al momento de la recepción de la ofertas, a fin de influir sobre el acuerdo de adjudicación.

El apartado 3º en su epígrafe b) se refiere en singular a la propuesta y al informe del Ayuntamiento para establecer su fuerza vinculante para su

aceptación en la decisión del Consejo de Gobierno salvo su ilegalidad o desproporcionalidad. Puesto en relación con el epígrafe c) no queda bien definida la forma de resolver la contradicción cuando haya propuestas que lo sean entre sí puesto que su armonización está condicionada a la posibilidad de que sean armonizables y no a la aplicación de un criterio -aunque se le califique de prioritario- poblacional. Lo importante aquí es la facultad que ha de atribuirse al gobierno para decidir sobre propuestas contradictorias, aunque se establezcan algunos criterios para dar fundamento a su decisión, entre las que puede estar como primero o prioritario el de la población de los Ayuntamientos proponentes.

6.- Artículo 11.2.- Al comenzar este apartado del artículo 11 con la expresión “*sin perjuicio*”, no queda claro si los criterios de valoración para la adjudicación de las concesiones, que aquí se establecen, son los específicos y prioritarios para los concursos de adjudicación del servicio público de televisión por ondas terrestres de ámbito local, o si simplemente se añaden a los señalados “*con carácter general*” en el apartado 1.

La expresión “*además*” sí se emplea en cambio, en el apartado 3.

7.- Artículo 12.- El título que le acerca más a su contenido no es el de Adjudicación, sino el de Plazo para la adjudicación.

8.- Artículo 14.- a) En el artículo 14.2.a) se enuncia como obligación de los titulares de todo tipo de concesiones la de “*asegurar la continuidad en la prestación del servicio en las condiciones de calidad a que estuvieran obligados*”, agregando que “*a tal efecto, el servicio de difusión correspondiente no podrá estar suspendido durante más de quince días naturales sin haber obtenido la previa autorización del Consejo de Gobierno*”.

Esta previsión, así formulada, sin matización alguna sobre la posibilidad de que interrupciones en la prestación del servicio inferiores al plazo señalado puedan ser susceptibles de medidas sancionadoras, sugiere implícitamente que cuando la falta de continuidad no exceda del periodo de tiempo indicado ésta queda al libre arbitrio del concesionario, por no precisar de autorización; deducción que, por otro lado, parece incoherente con la regulación establecida en el artículo 20.3.d), donde se conceptúa como causa de resolución de la concesión “*la suspensión injustificada de las emisiones durante más de quince días en el plazo de un año*”.

b) En el artículo 14.4.a), se enuncia dentro del conjunto de obligaciones de los concesionarios del servicio público de televisión de ámbi-

to local, “dedicar un mínimo del 40 por 100 del tiempo de emisión a programas de producción propia” precisándose a continuación: “si bien a este efecto, se podrá computar un 25 por 100 de programación coproducida o realizada por terceros en Castilla-La Mancha”. Ahora bien, estima el Consejo que para una exacta interpretación de la norma resultaría conveniente esclarecer si el 25 por 100 de programación aludido en segundo término constituye la cuarta parte del 40 por 100 anterior, o si, por el contrario, se está aludiendo a 25 puntos sobre 100 de los 40 puntos sobre 100 establecidos previamente como porcentaje de emisión audiovisual que habrá de ser de producción propia.

c) En el artículo 14.4.b) se da acogida a la obligación de respetar la prohibición de emisión o integración de una cadena por parte de las emisoras de televisión local, que para una más adecuada comprensión debería ir acompañada de una indicación relativa a los preceptos que imponen dicha prohibición; al parecer, el artículo 7 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, donde también quedan plasmadas las precisiones interpretativas consignadas ulteriormente sobre lo que debe entenderse por conformación de una cadena.

d) En el artículo 14.4.c) 3º, relativo a las limitaciones sobre emisión simultánea de programación aplicables a las televisiones locales, se dispone que “Cuatro de las horas de emisión de los programas originales a que está obligado, deberán estar comprendidas necesariamente entre las 13:00 y las 16:00 horas y entre las 20:00 y las 23:00 horas”. Ahora bien, esta determinación no parece compatible con la regulación anterior sobre obligaciones aplicables a todos los concesionarios de emisoras de televisión contenida en el artículo 14.3.b) del anteproyecto, donde se establece como tal que éstos deberán emitir “programas televisivos originales durante un mínimo de cuatro horas diarias y treinta y dos horas semanales”, habida cuenta de que el precepto transcrito en primer lugar lleva a deducir que el número de horas de programación diaria original mínima al que se alude debe ser superior a cuatro, salvo que se interprete que las cuatro horas de emisión a que se hace mención no son las de carácter diario, sino las treinta y dos que se han fijado en cómputo semanal, lo que no especifica la norma.

e) El artículo 14.5 está ubicado incorrectamente pues sobre no ser estrictamente una obligación sino una prohibición (de transferencia de título) para concretar su contenido normativo, tiene que referirse a un artículo posterior cuyo título consiste precisamente en la transmisión e intransferibilidad de las concesiones.

9.- Artículo 17.2, párrafo segundo.- El artículo 17.2, relativo a la previa autorización por el Consejo de Gobierno de los actos y negocios jurídicos que impliquen la transmisión, disposición o gravamen de las acciones o participaciones de las sociedades concesionarias del servicio de televisión local por ondas terrestres, dispone en su párrafo final que *“esta clase de actos y negocios jurídicos no serán válidos si no se formalizan mediante documento autorizado por fedatario público, quien no intervendrá o autorizará documento alguno sin que se acredite, previamente, la existencia de la preceptiva autorización”*.

Estima el Consejo en relación con esta última determinación, por su visible condición de legislación de carácter civil atinente a la validez de los actos y negocios jurídicos dotados de dicho contenido, que su integración en el texto proyectado sólo puede resultar admisible en tanto que se considere como una mera transposición de lo establecido en el artículo 13.4 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, del régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres, de suerte que su inserción en el texto analizado sólo comporta los riesgos propios de toda reproducción de legislación estatal, dejando supeditada la viabilidad de la norma autonómica a los efectos derivados de los posibles cambios que sufra la disposición estatal de referencia.

Por ello, se considera adecuado circunscribir el contenido objeto de regulación a la actividad administrativa autorizatoria atribuida al Consejo de Gobierno, precisando, en su caso, los extremos sobre exigencia de solicitud, documentación a aportar, plazo de resolución u cualesquiera otros que se estimen oportunos, pero evitando incluir determinaciones sobre la invalidez de los actos y negocios celebrados sin la mencionada formalización notarial, que sólo cabe establecer por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas.

10.- Artículo 19.- En el artículo 19, titulado *“renovación”*, se establecen diversas disposiciones sobre la posibilidad de la prolongación de la vigencia temporal de las concesiones de los servicios de radio o televisión, con alusión indistinta a *“prorrogas”* y *“renovaciones”*, acogiendo con ello la misma disparidad terminológica advertida en la legislación estatal básica de referencia –artículos 11 de la Ley 11/1988, de 3 de mayo; 14 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre; y disposición adicional sexta, 2.a) de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre-. Así, la disconformidad conceptual advertida lleva a plantearse si *“renovación”* y *“prórroga”* quieren constituir en el artículo analizado, como parece, términos sinónimos y de efectos jurídicos análogos, de manera que, si así fuere, convendría despejar cualquier duda al respecto uniformizando enteramen-

te el uso de las expresiones indicadas en favor del término que resulte más conveniente.

11.- Artículo 23.- El artículo 23.1, relativo a los posibles modos de gestión del servicio público de radio y televisión local, incorpora otra referencia errónea al artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que debe entenderse dirigida al artículo 85.3. del citado cuerpo legal.

12.- Capítulo III del Título II.- Prestación del Servicio de Radio y Televisión por cable.- El texto reproduce varios preceptos del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, que se dicta por el Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.27 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para establecer las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión. Este Reglamento por tanto establece las condiciones básicas para la prestación de los servicios de difusión de radio y televisión por cable, en aplicación de lo determinado en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Le resulta de aplicación lo ya señalado con anterioridad en términos generales a este respecto.

Si bien se hacen las siguientes precisiones:

- a) Algunos preceptos, como por ejemplo el artículo 35 del anteproyecto se cita varias veces la *“Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento Jurídico español la Directiva 89/552/CCE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva”*. A efectos de aligerar la redacción del texto se sugiere que se siga una regla general de no volver a citar toda la Ley, y en adelante *“Ley 25/1994, de 12 de julio”*.
- b) El artículo 28.1 utiliza la expresión *“ámbito de cobertura”*, cuando el artículo 5 del Real Decreto 920/2006 utiliza la expresión *“ámbito territorial de actuación”*, dado que no existe una definición de conceptos se sugiere que se utilice el mismo que en la norma básica.
- c) El artículo 29.d), establece como requisito exigible *“No haber sido sancionado,...que lleve aparejada la extinción de la autorización...”*, cuando el Real Decreto 920/2003 establece *“No haber sido sancionado,...que lleve aparejada la retirada de la autorización...”*.
- d) El artículo 30.1.d), utiliza la expresión *“Cuando los titulares adopten la forma de sociedades...”*, cuando parece más apropiada la utilizada

por el Real Decreto 920/2003, porque personaliza en los titulares de las sociedades “*Cuando sus titulares adopten la forma de sociedades...*”.

El artículo 30.2, no concreta el lugar al que deben dirigirse las solicitudes para obtener una autorización para prestar el servicio de difusión de radio y televisión por cable, por lo que para evitar incertidumbres sería conveniente que el precepto recogiera esta cuestión.

El segundo párrafo de este artículo, como más adelante se dirá, se sugiere que sea recogido en la forma que lo hace el Real Decreto 920/2003, en su artículo 7.2.

e) El artículo 31, parece que tendría una ubicación más apropiada en el Título III dedicado al registro de radio y televisión de Castilla-La Mancha, además de que sea considerada la problemática administrativa, que más adelante se dirá, sobre las inscripciones de autorizaciones obtenidas por silencio.

f) El artículo 32, fija un plazo de 15 días para que la Consejería dicte resolución anulando la transmisión, pero, aunque parece obvio que la resolución surtirá efectos con su notificación, sería conveniente, como así hace el Real Decreto 920/2003, concretar que el momento será desde la recepción de la mencionada resolución.

g) Artículo 34, utiliza el término “*extinción de las autorizaciones*”, cuando el Real Decreto 920/2003, utiliza el de “*cancelación*” de las autorizaciones.

La autorización podría definirse como el acto administrativo favorable mediante el cual las administraciones públicas permiten que el administrado ejerza un poder o un derecho que estaba ya a disposición de aquél, pero que sólo podía usarlo previa manifestación de voluntad de la Administración que se fundamentará en el cumplimiento de las condiciones para usar de tal derecho. Según esta definición parece más apropiado el término de cancelación de la autorización que el de extinción, pues este último es un concepto más amplio. Por tanto se sugiere utilizar la fórmula del Real Decreto 920/2003 en su artículo 8.3.

h) Artículo 35, debería eliminarse el ordinal “*1*” por innecesario.

En este mismo precepto, además de lo señalado anteriormente sobre las reiteración de citas completas de las normas, no aparece concretado a quien deberán facilitar la información los titulares de una autorización.

En el apartado 3º.c) de este mismo artículo, se ha introducido un cambio con respecto a la redacción del artículo 11.d) del Real Decreto 20/2003. Este último al tratar el contenido de los canales y de la protección de la juventud y de la infancia expresa: “*por consistir en*

contenidos que puedan afectar...”, y sin embargo el texto sometido a consulta señala: *“por entenderse que su contenido puede afectar...”*. Se sugiere modificar el texto según figura en el Real Decreto 920/2003, ya que puede ser un concepto que en definitiva pueda delimitar los de discrecionalidad o arbitrariedad de la Administración.

El apartado “e)”, debe ser sustituido por “d)”.

i) El artículo 36 apartado 2.b) se sugiere que sea modificado por la redacción dada por el apartado 2.b) del artículo 14 del Real Decreto 920/2003, que en principio ofrece una mayor claridad, especificando de que procedimiento se trata.

El apartado 3 de este artículo ha sido modificado con respecto a la redacción del artículo 14.3 del Real Decreto 920/2003, sin justificación alguna. En cualquier caso, la expresión verbal “*forman*”, debiera ser “*formen*”, y en el apartado b) sobra la expresión “*de la voluntad*”, ya que su concepto está comprendido en el de autonomía de las partes.

13.- Título III.- Registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha.- El Título III sobre el “*Registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha*” muestra un contenido algo desordenado e inconexo que dificulta cumplir la función que pretende. Incluso preceptos relativos al registro quedan fuera de este título; por ejemplo el artículo 31. Así, por ejemplo, la sola lectura del apartado 2 del artículo 41 y el artículo 42, contienen materia del objeto del registro, en el primero “*tendrán por objeto la inscripción de las concesiones...y de las autorizaciones...*” y en el segundo “*Se inscribirán en el Registro de Radio y Televisión..., las concesiones, ...*”, resalta el desorden mencionado.

La redacción del Título parecería más ordenada si apareciera concretado la definición y naturaleza del Registro, algo que aparece disperso. La naturaleza de éste, en lugar de aparecer al principio, se establece en el artículo 44.1. La naturaleza del registro hace referencia al carácter “*público*” con que cuenta dicha unidad, proponiéndose por ello que se traslade este precepto al principio del Título, contemplando tal cualidad y el derecho de acceso a su contenido que corresponde a todo ciudadano, amparando el mismo en lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, parece necesario que el texto concrete cual es el objeto del Registro, y cual son los datos dentro de ellos que deben figurar, y en consecuencia inscribir en el mismo. En el texto, igualmente se encuen-

tran dispersos, como se ha señalado anteriormente sobre el artículo 41.2 y 42. Además sobre el objeto del Registro se ha de señalar que el mismo no es la inscripción de las concesiones y de las autorizaciones, sino todo lo concerniente a ellas.

También el procedimiento de inscripción aparece disperso, a modo de ejemplo en el artículo 43.2 existe una remisión al artículo 40 y al artículo 17 sobre comunicaciones al Registro que debiera aparecer en el presente Título.

b) La expresión utilizada en el apartado 1 del artículo 42 “*Se inscribirán en el Registro*”, puede dar lugar a entender que es obligación de los concesionarios o personas autorizadas instar su inscripción en el Registro que regula este Título. Esta expresión además, muestra su imprecisión si se analiza lo recogido en el artículo 31 que señala que las autorizaciones se inscribirán de oficio, y lo señalado en el artículo 17.a) 2. que establece que será el Consejo de Gobierno el que instará la inscripción en el Registro las adquisiciones accionariales. Todo ello es muestra de que al Título sobre el Registro no se le ha dado un tratamiento único y por tanto suscita dudas.

Es imprescindible establecer quiénes están obligados a informar y aportar al registro los datos y su eventual modificación que resulten inscribibles a tenor de la propia ley.

c) Igualmente el apartado 1. a) del artículo 43 señala: “*se inscribirá el acuerdo de adjudicación de la concesión...*”, sin establecer quien llevará a cabo la inscripción y para qué, ni cuando debe hacerse. Este mismo artículo es redactado, igual que se ha señalado en otros, de forma que su valor normativo lo hace depender de la aprobación del Reglamento, cuando debiera establecer claramente el contenido de las inscripciones y sus modificaciones, independientemente de que reglamentariamente se complemente su regulación.

Este mismo artículo en su apartado 1.a).4º establece la necesidad de aportar la escritura pública de constitución y los estatutos sociales, así como otros datos, pero sin especificar quien es el obligado a aportar dicha documentación. Esta observación no es nimia, pues no hay que olvidar que será documentación que se podrá encontrar en poder de la Administración al haber sido presentada en la fase de concurso.

Asimismo la falta de sistemática plantea dudas interpretativas sobre lo recogido en el artículo 30.2 cuando establece el silencio positivo,

señalando: “...se entenderá otorgada la autorización solicitada por silencio positivo, pudiendo aquél instar su inscripción...”. La literalidad del precepto no resuelve quien está obligado a llevar a cabo la inscripción; al titular autorizado se le confiere la posibilidad de hacerlo, pero por otro lado, como se ha señalado anteriormente, la inscripción se hará de oficio. Este precepto que debiera ser recogido en el Título del Registro debería, al menos, diferenciando si se quiere los dos supuestos, imponer claramente a quien corresponde la obligación.

Este precepto plantea además otra cuestión que debe ser reflexionada por la autoridad consultante; si es la autoridad del Registro la encargada de llevar a cabo la inscripción, la no inscripción, por las dificultades administrativas que pudiera conllevar el conocimiento de las autorizaciones otorgadas por silencio positivo, generaría una gran incertidumbre y riesgo de que no se inscribieran, por ello la norma quizás deba imponer, en primer lugar, a los titulares autorizados la obligación de comunicar al Registro la autorización otorgada.

En este sentido, sería conveniente mantener la redacción del artículo 7.2 del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio: “*Si se produjese el vencimiento del plazo máximo señalado sin haberse notificado resolución expresa, por causa no imputable al interesado, éste podrá instar la inscripción de su servicio de difusión, como autorizado, en el correspondiente registro*”.

El artículo 43.1.a) 1º establece que se harán constar los datos relativos a: “*La modalidad de servicio público objeto de concesión (radio/televisión)*”, de manera que introduce una terminología no utilizada por el texto para definir el servicio público de radio o televisión, por lo que sería suficiente que señalara “*El servicio público objeto de concesión*”, que lo será de radio o televisión.

En el artículo 43.2 aparece una expresión coloquial, “*como muy tarde*” que ha de ser sustituida.

d) El artículo 44, “*Acceso al registro*” señala que: “*La información básica contenida en el Registro estará disponible ...*”, este concepto tan impreciso debe ser determinado, de modo que posibilite el ejercicio en toda su extensión del derecho de acceso a su contenido que corresponde a todo ciudadano, amparando el mismo en lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva, se propone que el Título III “*Registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha*” sea modificado en su sistemática, dán-

dole un orden más lógico que facilite su comprensión, de modo que en primer lugar se establezca la definición y naturaleza del Registro, después su dependencia, el objeto, su régimen jurídico, aspectos inscribibles y contenido de las inscripciones, procedimiento y plazos, acceso al registro y coordinación de éste con otros registros.

14.- Título IV.- El Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha.-

a) El Título IV del anteproyecto se ocupa de la creación y regulación del Consejo Audiovisual de Castilla-La Mancha, estableciendo el artículo 46 que dicho organismo se constituye como *“autoridad audiovisual independiente que asesora a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia audiovisual y ejerce las funciones que se le atribuyan legal o reglamentariamente.”* El apartado segundo de dicho artículo precisa su naturaleza jurídica señalando que el citado Consejo, pese a su proclamada vocación asesora, *“se configura como un ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, dotado de plena capacidad de obrar y de autonomía funcional y orgánica para el ejercicio de sus funciones”*. Posteriormente, el artículo 55 determina la relación de funciones encomendadas al referido ente, a través de un listado de acciones de dispar concreción definidas por el uso de los infinitivos *“velar”, “asesorar”, “informar” y “promover”*, cerrando dicha relación un último apartado –el g)- en el se hace mención a *“aquellas otras que por el Ordenamiento jurídico le vengan atribuidas”*.

El contenido de los artículos precitados lleva a considerar que la creación legal del organismo a través del anteproyecto dictaminado no parece ir acompañada de una concepción acabada sobre el propósito que se persigue con el mismo, dada la notoria limitación de las funciones que le son atribuidas y su visible falta de carácter ejecutivo, salvo ulteriores determinaciones que puedan ser establecidas por vía reglamentaria. En estas circunstancias se suscitan serias dudas sobre la conveniencia de recurrir a una forma de caracterización jurídica como la definida en la norma, dotando al citado órgano de personalidad jurídica propia, en tanto que las previsiones contenidas en los artículos siguientes sobre las especificidades de su régimen jurídico en materia organizativa, de personal, contratación, gestión patrimonial o régimen presupuestario, hacen prever una complicación del sistema de administración pública autonómica y la generación de un visible incremento de gasto al que no aparece ligada una asunción de funciones de gestión administrativa que justifique su constitución como ente de derecho público dotado de personalidad jurídica propia.

Ni la directiva que se invoca ni las razones que en la Memoria se exponen avalan esta opción; el Consejo Audiovisual puede ser dotado de una

autonomía orgánica y funcional, y de una composición que con un estatuto personal de sus miembros garanticen su objetividad e independencia sin que esto conlleve dotarle de personalidad jurídica propia. Ciertamente alguna Comunidad Autónoma ha tomado esa opción, pero el examen de los textos legales que los crean y regulan no deja margen a la duda respecto a la diferencia fundamental entre las funciones y potestades que le atribuyen y las que en el anteproyecto aquí dictaminado se contemplan. Así, por ejemplo, el Consejo Audiovisual de Navarra, creado por Ley Foral 18/2001, de 5 de julio, no sólo asesora al Gobierno y al Parlamento de Navarra y elabora informes y dictámenes, sino que ejerce la potestad sancionadora, controla los acuerdos de colaboración entre Administraciones Públicas y los medios de comunicación y los volúmenes de publicidad institucional, tiene atribuidos poderes de requerimiento, inspección y control, le está atribuida la creación del Registro...; el Consejo Audiovisual de Cataluña a tenor de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, actúa como autoridad reguladora y ejecutiva, ejerce la potestad de inspección control y sanción que le atribuye esta ley, que también le asigna para el cumplimiento de sus funciones, potestades inequívocamente administrativas tales como la potestad reglamentaria para desarrollar las leyes en materia audiovisual, o como la imposición de multas coercitivas, ordenar el cese de las actuaciones que incumplen las condiciones de las licencias o adoptar medidas cautelares entre otras.

En suma, aún cuando al alcance del legislador autonómico está crear el Consejo Audiovisual como un ente de derecho público dotado de personalidad jurídica propia, es parecer de este Consejo que, en la regulación que se hace del mismo en el anteproyecto, no resulta coherente esta opción con las funciones que se le atribuyen básicamente circunscritas a ser un órgano asesor que “vela” por el cumplimiento de las obligaciones de los medios relativa a los contenidos informativos sin ni siquiera quedar articuladas las potestades precisas para el ejercicio de esta función de vigilancia.

b) En el artículo 50.2, relativo a la forma de composición del citado Consejo Audiovisual, se establece que “los consejeros serán nombrados por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de las Cortes de Castilla-La Mancha por mayoría de tres quintos de sus miembros”, añadiéndose que “si no se consiguiese la mayoría de tres quintos en la primera votación se realizará una segunda en la misma sesión. De no alcanzarse tampoco en esta segunda votación la mayoría de tres quintos, se celebrará una nueva votación, en el plazo de un mes, en la que quedarán propuestos como miembros del Consejo audiovisual los candidatos que obtengan la mayoría absoluta de los miembros de las Cortes Regionales”.

El texto transcrito sobre la forma de designación de los Consejeros por parte de las Cortes Regionales mediante el sistema previsto como primera alternativa, con exigencia de una mayoría de tres quintos, persigue visiblemente el propósito de lograr candidaturas que gocen de un amplio consenso dentro del arco parlamentario. Por ello, se considera conveniente apuntar que la forma de designación prevista para el caso de tener que recurrir a la última de las convocatorias contempladas, que se deja postergada por el espacio máximo de un mes, y en la que ya sólo se precisaría el acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la cámara, podría estar reñida con el propósito que inspira la mayoría reforzada exigida en la primera convocatoria, sugiriéndose al efecto que se estudie y, en su caso, prevea la aplicación de los mecanismos parlamentarios previstos al efecto en el artículo 210.2 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha de 1 de diciembre de 1997 para los supuestos de *“elección de personas y propuesta de nombramientos”*.

c) El artículo 58.3 del anteproyecto establece para el caso de celebración de reuniones en segunda convocatoria, por falta del quórum fijado con carácter ordinario, que: *“[...] Si no existiera dicho quórum, el Consejo Audiovisual se constituirá válidamente en segunda convocatoria, veinticuatro horas después de la señalada para la primera, con la asistencia de tres miembros, entre los que necesariamente habrá [n] de estar el Presidente y Secretario del Consejo o quienes legalmente les sustituyan”*.

Pues bien, el texto transcrito sugiere a efectos del cómputo de los miembros precisos para poder constituir válidamente el Consejo en segunda convocatoria, el Secretario ostenta la condición de miembro del mismo, cualidad que le es negada expresamente en el apartado 3 del artículo 51 anterior, donde además se dice que acudirá a las reuniones de los órganos del Consejo *“con voz pero sin voto”*. Por ello, se propone revisar la redacción dada al citado precepto, al objeto de elucidar plenamente que, en sintonía con el artículo 51, la concurrencia del Secretario en segunda convocatoria no tiene trascendencia alguna en orden a la obtención de la mayoría –de tres miembros- necesaria para la válida constitución del Consejo.

d) El Artículo 61.1 ha previsto que el personal del Consejo Audiovisual pueda ser tanto personal funcionario como laboral, sin más precisiones.

La opción por una u otra fórmula debe ajustarse a las leyes de la función pública y en tal caso dependiendo de los puestos que se desempeñen, el personal se vinculará de una u otra forma, precisión que se debiera incorporar.

En todo caso, en el desempeño de determinados puestos, la garantía de cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23 CE) y de la objetividad y de servicio al interés general que rigen el actuar de la Administración y la necesaria imparcialidad (artículo 103), se cumple también en el caso de este tipo de órganos instrumentales, a través de la vinculación funcional sometida al Derecho administrativo, como desde hace tiempo ha venido poniendo de manifiesto la doctrina.

Afortunadamente, tanto la legislación vigente de función pública de nuestra Comunidad, como las reformas proyectadas en el ámbito estatal, salvaguardan los principios de reserva de determinadas funciones públicas que se asignan a los funcionarios. Así, el artículo 9.2 del proyecto de ley de Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente en tramitación parlamentaria, expresamente establece que, *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa e indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”*.

15.- Título V.- Régimen de infracciones y sanciones.-

- a) En el artículo 66.1, relativo a las competencias en materia de control y sanción, se cita un párrafo anterior inexistente.
- b) El artículo 66. 2 prevé: *“Corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, respecto de las infracciones muy graves, y a la Consejería competente en materia audiovisual, respecto de las infracciones graves o leves, el ejercicio de la potestad sancionadora sobre los servicios de radio y televisión prestados al amparo de títulos habilitantes otorgados por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, siempre y cuando los efectos de la posible infracción no excedan de su ámbito territorial”*.

El inciso final, relativo al desbordamiento del ámbito jurisdiccional autonómico por los efectos de la conducta constitutiva de infracción, no parece responder a un propósito compatible con el ámbito de aplicación de la Ley, puesto que si la citada extralimitación geográfica constituyera un incumplimiento de las condiciones de la concesión en cuanto al uso del espacio radioeléctrico asignado por el Estado, según los correspondientes Planes Técnicos, la represión de dicha actuación por la Administración estatal estaría ligada al ejercicio del título competencial exclusivo en materia de telecomunicaciones –artículo 149.1.21^a de la Constitución,- con inde-

pendencia de la sanción que pueda merecer y aplicar la Comunidad Autónoma por la vulneración de normas sobre contenidos o sobre el régimen de ejercicio de la concesión o autorización autonómica, que no debería quedarle hurtada, como parece indicar el precepto, por una mera extralimitación incidental del área de difusión asignado a la emisora, canal, programa u operador.

- c).- En el artículo 69.3.- El término “*aspecto*” de la última línea, parece querer hacer referencia al vocablo “*apartado*”.
- d) - En el artículo 70.1, la identificación numérica del apartado resulta innecesaria, puesto que no existe ningún otro con el que deba ser objeto de diferenciación.

16.- Título VI.- Tasas en materia de radio y televisión.- En el Título VI, “*Tasas en materia de Radio y Televisión*”, en un solo artículo, se establece la tasa por actividades administrativas reguladas en la norma. La Ley 3/1990, de 18 de mayo, establece como regla general que la fijación de las tarifas de las tasas por prestación de servicios y realización de actividades se efectuará de forma que su rendimiento no exceda del coste real o previsible de aquéllos y, en su defecto, del valor real de la prestación recibida. Para su determinación se tendrán en consideración todos los costes directos e indirectos que contribuyan a la formación del coste completo del servicio o actividad, incluidos los de carácter financiero, las amortizaciones por depreciación del inmovilizado y demás de carácter general que se produzcan. (artículo 19.1 y 2).

En el anteproyecto de Ley sometido a dictamen concurre el presupuesto de hecho a que se refiere el citado artículo 19, pues de la Memoria económico-financiera de la tasa se desprende que los ingresos previstos por las tasas son inferiores a los costes estimados de los servicios y actividades prestadas. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el anteproyecto normativo en cuanto no solamente se limita a determinar el servicio susceptible de ser retribuido, sino que además fija el mismo en su artículo, resulta respetuoso con las previsiones establecidas al respecto por la Ley 3/1990, de 18 de mayo.

Ahora bien, sobre este Título hay que tener en cuenta la Ley 3/1990, de 18 de mayo, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha que en su artículo 5 define el concepto de tasa del siguiente modo: “*1. Son tasas propias de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, los tributos exigibles por la Junta de Comunidades, cuyo hecho imponible esté constituido por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurren las siguientes circunstancias:*

a) *Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados.*

b) *Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente”.*

Según el Artículo 9º “*Establecimiento y regulación*”, la creación y determinación de los elementos esenciales de las tasas propias de la Comunidad Autónoma, se realizará mediante una Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha. El apartado 2 del anterior precepto establece que los elementos esenciales de las tasas son los determinados en el Capítulo II de esta Ley.

Según el citado artículo estos elementos son el Hecho imponible, Ámbito de aplicación, Devengo, Sujeto pasivo, Responsables y sustitutos del contribuyente, Exenciones y bonificaciones, Elementos cuantitativos de la tasa.

En su Capítulo III se regula la gestión y liquidación de las tasas (pago y gestión).

Por ello se sugiere que el Título VI del Anteproyecto se estructure en la forma que lo hace la Ley 3/1990, de 18 de mayo, estableciendo en diferentes artículos los diferentes elementos de la tasa, su gestión y liquidación, haciendo más fácil su comprensión.

De este modo, por ejemplo, se evitaría que pudieran confundirse el momento del devengo y el período de pago, como ocurre en el párrafo segundo del apartado 4.

Así mismo en este apartado se regula el prorrateo de la cuota anual y la práctica de las devoluciones de la tasa, cuando ambas cuestiones son de muy distinta naturaleza.

Las normas referentes al prorrateo de la cuota anual (íntegra o líquida) en los casos en los que el período impositivo es inferior al año natural debería figurar donde se regulase la cuota líquida (por ejemplo) y su prorrateo.

El contenido relativo a las devoluciones debería figurar en el artículo referente a las normas de gestión.

El párrafo tercero del apartado 4 igualmente se encuentra desubicado, ya que se trata de establecer que los titulares de concesiones y auto-

rizaciones que a la entrada en vigor estuvieran prestando servicios audiovisuales queden sujetos al pago de la tasa.

El apartado 7 que regula los órganos competentes en materia audiovisual responsables de la gestión, liquidación, recaudación de las tasas deberá ser objeto de desarrollo reglamentario donde se atribuyan las competencias específicas en esta materia a la Consejería competente y a la Consejería de Economía y Hacienda, especialmente en materia de recaudación.

En cuanto a lo contemplado en el apartado 8 del artículo 76 sobre que la modificación de los elementos esenciales de la tasa podrá establecerse por la Ley de Presupuestos Generales, este Consejo comparte lo señalado por la Dirección General de Tributos en su informe de 20 de diciembre de 2006, que aunque según jurisprudencia constitucional (Sentencias 27/1981, de 20 de julio y 116/1994, de 18 de abril) es admisible esta posibilidad, tal modificación convendría que fuera limitada a los elementos cuantitativos de la tasa (tarifas, como se definen, o cuotas, como se proponen), ya que son los elementos que se encuentran directamente relacionados con las previsiones presupuestarias anuales.

Por otro lado, hay que señalar que existe una discordancia entre los expresado en el Título “*Tasas en materia de Radio y Televisión*”, referencia en plural, con lo señalado en el artículo “*Tasa por actividades...*”, referencia en singular.

En el apartado cuarto del apartado 4 debe sustituirse el término “*habitante*” por “*habilitante*”.

En la redacción dada al apartado 5.b) 2º falta el término “*multiplicar*” (En el epígrafe V, será el resultado de multiplicar la capacidad de transmisión ofrecida...)

17.- Disposición Transitoria Tercera.- Aunque por razones de claridad es inconveniente en los textos legales el uso de abreviaturas dado que su razón de ser, la rapidez de escritura y la economía de espacio, carece de justificación en el lenguaje normativo, por lo que respecta al empleo de las siglas, en tanto caso particular de la abreviatura, sí resulta admisible en el lenguaje legal a fin de evitar la pesadez de la cita redundante de un determinado concepto u organismo, pero en todo caso, su uso ha de estar justificado tanto por la extensión de la locución que se abrevia, como por la frecuencia con que se menciona en el texto legal.

18.- Disposición Derogatoria Única.- Debería eliminarse por innecesario el calificativo “Única”.

19.- Disposición Final segunda.- Cabe reiterar aquí la doctrina de este Consejo sobre la eliminación de la “*vacatio legis*”, que resulta contraria al principio de seguridad jurídica en tanto no se justifiquen los motivos que existen para la inmediata entrada en vigor de la norma. Dado que del expediente remitido no se desprende razón alguna que pudiera justificar la inmediata entrada en vigor de la norma que se examina, se sugiere ampliar el plazo de entrada en vigor que contiene la presente disposición por el previsto en el artículo 2.1 del Código Civil.

20.- Ha de sugerirse finalmente un repaso general del Anteproyecto a fin de corregir determinados errores ortográficos y de redacción que se han detectado y que algunos han sido recogidos en el presente dictamen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de medios audiovisuales de Castilla-La Mancha, señalándose como esenciales las observaciones contenidas en la Consideración IV”.

Toledo, 25 de enero de 2007

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A
INSTANCIA DE D. X POR DAÑOS ATRIBUIDOS
A LA ACTUACIÓN DE LA DELEGACIÓN
PROVINCIAL DE ALBACETE DE LA
CONSEJERÍA DE INDUSTRIA Y TECNOLOGÍA
RESPECTO A LA PRESERVACIÓN DE LAS
CONDICIONES DE APROVECHAMIENTO DEL
MANANTIAL DENOMINADO “F”, SITO EN EL
TÉRMINO MUNICIPAL DE T, A CAUSA DE LA
EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN
DE LA LÍNEA FÉRREA DE ALTA VELOCIDAD DE
ACCESO A LEVANTE**

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- El origen del procedimiento se halla en sendos escritos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentados a 17 de marzo de 2006 por la representación letrada de D. X en virtud de los cuales insta de la Consejería de Industria y Tecnología el abono de una indemnización, de cuantía indeterminada, compensatoria de los daños que dice haber sufrido en el manantial “F”, radicado en el municipio de T, por causa de la pasividad mostrada por la Delegación de dicha Consejería ante la ejecución de obras de construcción de un tramo de la nueva vía férrea de alta velocidad de acceso a Levante, dentro de la zona delimitada como perímetro de protección del referido manantial.

Argumenta el reclamante en apoyo de su pretensión que la referida Delegación Provincial autorizó a la empresa adjudicataria de las obras - Z-, mediante resolución de 17 de enero de 2006, la ejecución de diversas obras dentro del indicado perímetro de protección, decisión negligente que fue impugnada por el ahora reclamante mediante la interposición del correspondiente recurso. Agrega que el 20 de febrero siguiente comunicó a la Delegación que la empresa Z estaba realizando obras de mayor entidad que las autorizadas, solicitando de ésta, el 2 de marzo

siguiente, que se cursara la correspondiente orden de paralización; petición que no fue atendida. Indica que como consecuencia de la pasividad y negligencia de la Administración y de la realización de las obras mencionadas ha sufrido la rotura del vaso del manantial y la contaminación definitiva del mismo, haciendo imposible su explotación. Por todo ello, reitera su petición de que se emita orden de paralización de las obras que está ejecutando Z y se inicie procedimiento indemnizatorio para compensación de los perjuicios irrogados.

Acompaña el peticionario a su reclamación, entre otros documentos, un estudio analítico del agua del manantial relativo a una muestra tomada el día 13 de marzo de 2006, en el que se detecta la existencia de varios agentes contaminantes de carácter microbiológico.

Segundo. Subsanación.- Previo requerimiento de subsanación del contenido de la reclamación efectuado por el personal de la Consejería imputada, con fecha 14 de junio de 2006 el interesado presentó un escrito de alegaciones en el que concreta varios aspectos de la misma, situando en 26.240.384,58 euros el valor de la pérdida de la capacidad extractiva del manantial por la que se insta compensación y aportando para ello un informe de la valoración efectuado por un Ingeniero Agrónomo perteneciente al Departamento de Economía y Ciencias Sociales de la Universidad Politécnica de V de fecha 24 de junio de 2004, que fue presentado por el interesado ante el Ministerio de Fomento en apoyo de su pretensión de obtener la ampliación de los bienes a expropiar para la ejecución de las citadas obras ferroviarias incluyendo la referida concesión de aguas minero naturales; solicitud que fue rechazada por la Administración estatal mediante resolución de 18 de noviembre de 2005.

Amplía el interesado los términos de su reclamación, precisando que ya en el año 2005 la citada Delegación Provincial concedió a Z una autorización de obras para realizar varios sondeos dentro de la zona de protección del manantial, que la adjudicataria de las obras aprovechó para acometer otras actuaciones de mayor envergadura, dando lugar a que con fecha 27 de abril de 2005 el Delegado Provincial de Albacete cursara orden de paralización de los trabajos no autorizados, tras la cual se constató en sendos análisis realizados en el mes de julio de 2005 que la fuente había sufrido una importante contaminación por bacterias coliformes. Reitera los hechos acaecidos en los primeros meses de 2006, afirmando que la referida Delegación ha obrado de forma negligente; en primer término, al conceder el día 17 de enero de 2006 una nueva autorización de obras que, dados los informes aportados por su parte, pre-

visiblemente podían afectar a la capacidad y calidad del manantial; y en segundo lugar, por la inactividad mostrada ante la evidencia de que se estaban realizando obras no autorizadas dentro del perímetro de protección, pese a la denuncia del perjudicado y acta notarial de 13 de febrero de 2006 y al requerimiento formal presentado por éste el 2 de marzo de 2006 para que se emitiera una nueva orden de paralización. Se expone también que, con posterioridad a la formulación de la reclamación, el 31 de marzo de 2006 la Delegación Provincial imputada cursó comunicación a la empresa Z y a la entidad W, especificando que no podían considerar autorizadas más actuaciones que las comprendidas expresamente en la resolución adoptada a 17 de enero de 2006. Concluye indicando que por el comportamiento descrito la Delegación Provincial se ha erigido en responsable directo del daño ocasionado, consistente en la rotura del vaso del manantial, con la consiguiente merma de caudal, y la pérdida de las cualidades químicas que la hacían susceptible de aprovechamiento minero natural, según pone de manifiesto el acta de inspección levantada por personal de la Consejería de Sanidad a 11 de mayo de 2006, que supone la constatación de la imposibilidad de explotar la concesión.

El citado escrito de alegaciones aparece acompañado de abundantísima documentación, entre la que se incluye:

- Informe de 22 de marzo de 2005 emitido por la entidad “Consultora de Agua y Medio Ambiente”, relativo a la incidencia de las obras llevadas a efecto por Z en el perímetro de protección del manantial, y actualización del mismo datada en abril del 2006.
- Resolución de 18 de noviembre de 2005 del representante de la Administración en el expediente expropiatorio seguido para la ejecución de la obra de acceso ferroviario de alta velocidad de Levante - Ministerio de Fomento-, en relación con la ampliación solicitada por D. X en la que se rechaza dicha proposición aduciendo: *“este Ministerio resuelve no valorar en el expediente de expropiación forzosa la concesión de aguas minero medicinales denomina “F”, por no encontrarse afectada por el mismo. [...] Considerando a su vez, que en adelante, cualquier perjuicio que se le pudiera causar a D. X en su derecho de aprovechamiento, si éste deviniese además en real y cierto, deberá considerarse como un daño derivado del funcionamiento de la Administración Pública, indemnizable de acuerdo con su efectivo alcance, por la vía de los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”*
- Escrito de demanda de 29 de mayo de 2006 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete -procedimiento abreviado 205/06-, correspondiente al recurso planteado por el recla-

mante contra la Consejería de Industria y Tecnología por inactividad de la Administración, instando de ésta la efectiva ejecución de la orden de paralización de obras acordada con fecha 27 de abril de 2005.

- Informe de cuantificación del valor de la concesión de aguas minero naturales antes citado, suscrito por un Ingeniero Agrónomo de la Universidad Politécnica de V.
- Título de la concesión de aprovechamiento de agua mineral natural del manantial denominado "F", de fecha 2 de diciembre de 1996, otorgado a D. X por espacio de 30 años, prorrogables hasta 90.

Tercero. Admisión a trámite.- Previo informe del Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Industria y Tecnología, centrado en los aspectos formales de la cuestión, con fecha 19 de julio de 2006 el titular de la misma adoptó acuerdo de admisión a trámite de la reclamación, designando instructor para el correspondiente procedimiento y ordenando su inmediata comunicación al reclamante, a W y Z.

Cuarto. Actuaciones en sede contencioso-administrativa.- Consta posteriormente en el expediente que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete dictó auto de fecha 17 de julio de 2006, dimanante del recurso contencioso-administrativo antes aludido, promovido por el reclamante contra la Consejería de Industria y Tecnología por inactividad, en el que se ordena a ésta como medida cautelar que *"adopte las medidas precisas y necesarias para la efectiva ejecución de la orden de paralización de los trabajos acordada el 27 de abril de 2005"*.

Quinto. Requerimiento de colaboración a la Subdelegación del Gobierno.- Seguidamente, con fecha 3 de agosto de 2006, y a fin de dar cumplimiento al auto judicial precitado, el Delegado Provincial de Albacete de la Consejería de Industria y Tecnología dirigió petición al Subdelegado del Gobierno en dicha provincia, instando su intervención en auxilio y colaboración de la Administración Autonómica -artículo 6 de la Ley de 16 de noviembre de 1983- al objeto de lograr la ejecución forzosa de la orden de paralización de obras dirigida a Z en abril de 2005.

Sexto. Informe del Delegado Provincial de la Consejería de Industria y Tecnología.- Previo requerimiento cursado al efecto por el instructor del procedimiento, con fecha 3 de agosto de 2006 fue emitido informe por el Delegado Provincial de la Consejería imputada. En dicho documento se argumenta que la actuación del referido órgano no

ha podido ocasionar lesión alguna al reclamante, puesto que los hipotéticos perjuicios aducidos habrían sido causados por W, entidad dependiente del Ministerio de Fomento y titular de las obras, o por Z, adjudicataria de las mismas.

Asimismo, se cuestiona la suma señalada por el reclamante como indemnización, a partir del valor estimado de la concesión determinado en el ya aludido informe pericial, argumentando que el citado estudio no se ajusta a la realidad de la empresa "F", e indicando que, dado el caudal máximo autorizado de 3,33 l/s, la producción máxima anual sólo podría alcanzar las 39.960 garrafas de 8 litros.

Séptimo. Alegaciones de W.- Seguidamente, con fecha 9 de agosto de 2006, la entidad W, titular de las obras, presentó un escrito de alegaciones en el que primeramente cuestiona que los datos de contaminación utilizados por el reclamante pertenezcan al manantial objeto de concesión, pues en los análisis aportados se consigna como lugar de toma de las muestras el manantial de la "G", denominación que no coincide con la que figura en la concesión: "F". De otro lado, no se considera acreditado que la contaminación bacteriológica producida sea debida a la ejecución de las obras ferroviarias, ya que, según el informe emitido por el Instituto Geológico y Minero de España, el origen de esta fuente de contaminación habría que buscarla en el entorno más cercano al manantial. En cuanto a la pretendida merma de caudales, se afirma en dicho escrito, con apoyo en el informe precitado, que ello puede deberse al notable incremento de extracciones a que está siendo sometido el acuífero desde la segunda mitad de los años noventa.

Octavo. Informe de la Sección de Minas de la Delegación Provincial de la Consejería de Industria y Tecnología.- Atendiendo a una nueva petición de información formulada por el instructor del procedimiento, la Jefa de la Sección de Minas de la Delegación Provincial imputada emitió informe el 4 de octubre de 2006 en el que explica que el manantial objeto de la concesión denominada "F" tiene tres salidas naturales, identificadas como "F", "G 1" y "G 2", distantes entre sí unos 250 metros, correspondiendo la mayor parte del caudal concedido al manantial "G", con 2,83 l/s. En cuanto a los datos analíticos del agua del manantial en los últimos tiempos, se afirma que existen muestras tomadas en enero de 2006 y analizadas por el Instituto Geológico y Minero de España que eran aptas para el consumo humano, aunque en otras muestras tomadas en diciembre de 2005 y analizadas por el laboratorio L se detectó la presencia de coliformes fecales incompatibles con los criterios sanitarios de calidad establecidos en el

Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero. Asimismo, se significa que los datos analíticos del agua empezaron a presentar resultados negativos a partir de 2005, época que coincide con la realización de las obras del tren de alta velocidad.

Noveno. Trámite de audiencia.- Seguidamente, mediante comunicaciones de 31 de octubre de 2006, se otorgó trámite de audiencia al reclamante, a Z y a W, por espacio de 10 días, con remisión de la relación de documentos obrantes en el expediente e indicación de que en el mismo podrían formularse alegaciones y presentarse los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Décimo. Finalización del procedimiento contencioso-administrativo.- Consta en el expediente, a continuación, Sentencia de 7 de noviembre de 2006 del Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete en relación con el procedimiento abreviado 205/2006, seguido por causa del recurso interpuesto por el reclamante por inactividad de la Administración Autonómica, que concluye con un fallo desestimatorio, fundado en la constatación de que las obras afectadas por la orden de paralización emitida a 19 de abril de 2005 ya habrían finalizado y en que dicha orden no comprende todo trabajo que allí se ejecute; Sentencia que actualmente pende de recurso de apelación interpuesto por el Sr. X.

Undécimo. Alegaciones.- En uso del trámite de audiencia, formula primeramente alegaciones la representación del reclamante, quien mediante escrito de 16 de noviembre de 2006 viene a reafirmarse en las consideraciones ya expuestas con anterioridad en sustento de su pretensión indemnizatoria.

Seguidamente, con fecha 20 de noviembre de 2006, se cursa también escrito de alegaciones por parte de la representación de Z, argumentando que el origen del conflicto es el desacuerdo existente entre el titular del manantial y la Administración adjudicataria del proyecto de vía férrea acerca de si era o no necesaria la expropiación del aprovechamiento de aguas minerales objeto de concesión, deduciendo de ello que, incluso en el caso de que la ejecución de las obras hubiera ocasionado daños al mismo, la responsabilidad no podría hacerse recaer sobre el contratista ejecutor de la obra. De otro lado, se aduce que no está probada la causación de daños al referido manantial, ya que las muestras de agua contaminadas tomadas como prueba de ello proceden de un manantial distinto del que es objeto de concesión, e incluso, en el caso de que la contaminación fuera real, no estaría probada su relación con

la realización de las obras de la vía de alta velocidad, dado que, siendo provocada por bacterias que se localizan en el intestino de los animales, vendría propiciada por el defectuoso estado de protección del entorno del manantial.

También con fecha 29 de noviembre de 2006 fue remitido un escrito de alegaciones por parte de W, que contiene una mera ratificación de las argumentaciones efectuadas a 9 de agosto de 2006.

Duodécimo. Propuesta de resolución.- Con fecha 1 de diciembre de 2006 el instructor del procedimiento ha redactado la correspondiente propuesta de resolución, de signo desestimatorio, por estimar primordialmente que no se aprecia conducta negligente o pasividad en la actuación de la Delegación Provincial imputada. Se afirma para ello que, al autorizar las obras y sondeos especificados en las resoluciones adoptadas a 31 de enero de 2005 y 17 de enero de 2006, se introdujeron en las mismas las garantías y medios precisos de control para que su ejecución no pudiera perturbar el correcto aprovechamiento del manantial, no pudiendo considerarse probada la relación causal entre las obras autorizadas por la Delegación y los daños alegados por el reclamante.

En cuanto a la acusación de pasividad o inactividad también vertida por el reclamante, la propuesta efectúa una amplia exposición de las numerosas actuaciones llevadas a cabo por la Delegación Provincial entre el 31 de enero de 2005 y el 3 de agosto de 2006 tendentes a evitar la producción de daños en el manantial objeto de concesión, concluyendo que *“el patrón de comportamiento en el ejercicio de sus potestades administrativas por la Delegación Provincial revela un adecuado actuar administrativo, no negligente, ponderando la totalidad de intereses implicados, sin suponer su acción u omisión causa de daños en el concesionario del manantial “F”, llegando incluso a impetrar el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de la orden de paralización expedida por la propia Delegación Provincial en abril de 2005”*.

Decimotercero. Informe del Gabinete Jurídico.- Finalmente, previa petición cursada al efecto, con fecha 7 de febrero de 2007 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 *“los daños alegados por el interesado no pueden atribuirse a la actividad desplegada por la Administración Regional en el ejercicio de sus competencias en materia de aguas minerales, sino de modo directo e inmediato al concesionario de la obra*

pública estatal o, subsidiariamente, a la Administración del Estado, [...] a la que en todo caso, como titular de la obra, debiera haberse dirigido la solicitud y no a la Autónoma”.

Asimismo, con carácter subsidiario, se razona que tampoco se advierte rasgo de anormalidad en la prestación del servicio público imputado, pues las autorizaciones para obrar dentro del perímetro de protección del manantial fueron otorgadas con las debidas salvedades a la afectación del recurso natural, recayendo sobre el autorizado, por ministerio de la Ley, toda responsabilidad de su actuación. Se aduce también que no ha habido incumplimiento de determinaciones legales expresas por parte de la Administración, *“en la medida en que la Ley de Aguas minerales ninguna potestad coercitiva le otorga que no sea la sancionadora [...]”*.

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 16 de febrero de 2007.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El procedimiento objeto de consulta se ha instruido como consecuencia de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Autónoma, ligada al funcionamiento de los servicios integrados en la Consejería de Industria y Tecnología, siendo tramitada de conformidad con lo establecido 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: *“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.”*

Asimismo, el artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, indica 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.

Por consiguiente, como la indemnización solicitada por el reclamante ha sido cifrada por éste en 26.240.384,58 euros, procede emitir el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- Pasando al examen de las actuaciones desarrolladas en el curso del procedimiento, ello debe verificarse con base en las determinaciones del mencionado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, indicando que el contraste de lo actuado con las reglas procesales de aplicación permite constatar un satisfactorio nivel de observancia.

En tal sentido, cabe destacar que se ha obtenido el informe del servicio implicado en la producción del hecho lesivo atribuido a la Administración, que fue emitido con fecha 3 de agosto de 2006 por la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Industria y Tecnología -ampliado mediante otro posterior de su Jefa de la Sección de Minas de 4 de octubre de 2006-, que vienen a dar cumplimiento a la exigencia plasmada en el artículo 10.1 del citado texto reglamentario sobre la preceptividad del informe del servicio implicado en los hechos objeto de reclamación. Asimismo, procede señalar que el expediente fue sometido apropiadamente a la audiencia de todos los posibles interesados -el reclamante, la entidad administrativa promotora de la obra ferroviaria relacionada con los daños y el contratista ejecutor de la misma-, todo ello de modo previo a la formulación de una propuesta de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del tan citado Reglamento.

El expediente, pese a su dilatada extensión, se halla completamente foliado y ordenado de manera adecuada, lo que posibilita su normal examen y conocimiento.

Por todo lo antedicho, cabe concluir afirmando que el procedimiento seguido cumple los requisitos formales de aplicación, observando los trámites esenciales previstos reglamentariamente para el desarrollo de un procedimiento orientado a la eventual determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para la exigencia de las responsabilidades patrimoniales.- 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) y de 13 de octubre de 2006, entre otras muchas, 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 en 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 juris-

prudencia, 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, de 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.

Diseñado el instituto de la responsabilidad patrimonial para compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos, es obvio que, traducándose frecuentemente la labor de éstos en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa precisamente en la adopción de actos administrativos que sean estimados disconformes con el ordenamiento jurídico. Esta modalidad singular de imputación tiene su reflejo en diversos preceptos de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que contiene previsiones específicas, incardinadas allí donde se regula la revisión de dichos actos -Título VII- y donde se contempla la responsabilidad de la Administración -Título X-. Así, el artículo 102.3 de dicha Ley establece: “*Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto podrán establecer en la misma resolución por la que se declara esa nulidad, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley*”. Por su parte, el artículo 142.4 de la misma dispone: “*La anulación en vía administra-*

tiva o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone derecho a indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”. Lo establecido en las anteriores disposiciones permite extraer que en todos los supuestos de responsabilidad patrimonial que dimanen de la infracción del ordenamiento jurídico en que incurrió un acto, el lesionado puede deducir la pretensión resarcitoria simultáneamente con la de anulación del acto o independientemente de aquélla, una vez declarada la ilicitud del mismo.

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

Requisitos para el ejercicio de la acción.- El estudio de la legitimación activa ligada a la pretensión indemnizatoria no ofrece dificultad en el supuesto analizado, toda vez que quien ejerce la acción como reclamante acredita ser el beneficiario de la concesión de aguas minerales naturales sobre el aprovechamiento denominado “F”, radicado en el municipio de T, que fue otorgada por la Consejería de Industria y Trabajo mediante título emitido con fecha 2 de diciembre de 1996, vinculándose a la misma con toda nitidez los daños objeto de reclamación.

De otro lado, en cuanto a la concurrencia de la legitimación pasiva de la Administración imputada, ha de afirmarse que, con carácter general, el deber de indemnizar recae sobre cualquier entidad pública a la que pueda atribuirse 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. Así, atendiendo primordialmente a los términos en que ha sido configura la pretensión indemnizatoria, que imputa la producción del daño -la contaminación irreversible del manantial denominado “F”- a la conducta negligente u omisiva seguida por la Delegación Provincial de Industria y Tecnología de Albacete en la gestión de las incidencias acaecidas con motivo de la autorización de obras a la constructora Z dentro del perímetro de protección del manantial, reprochando especialmente la no paralización de los trabajos ejecutados sin permiso de la misma; y considerando que tales actuaciones o comportamientos se hallan efectivamente ligados a funciones que han sido ejercidas por dicho órgano administrativo, en virtud de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 8/1990, de 28 de diciembre, de aprovechamiento, ordenación y fomento de aguas minerales y termales, ha de admitirse la legitimación pasiva inherente a la reclamación.

Ello no obsta para que también se advierta la concurrencia de otros posibles sujetos eventualmente implicados en la generación de los daños objeto de reclamación, a los que adecuadamente se ha dado participación en el expediente a fin de posibilitar la formulación de alegaciones y aportación de la documentación que estimaran pertinente, como posibles interesados por el contenido de la resolución que finalmente se adopte.

En cuanto al plazo existente para la interposición de la reclamación, no cabe apreciar la excepción de prescripción, habida cuenta de

que el hecho lesivo al que se conecta por el reclamante la contaminación del manantial, que estima definitiva, habría tenido lugar en uno o varios momentos indeterminados, pero situados necesariamente con posterioridad al tiempo en que la empresa adjudicataria Z acometió la realización de las obras autorizadas por la Delegación Provincial mediante dos resoluciones dictadas a 31 de enero de 2005 y 17 de enero de 2006, ejecutando simultáneamente otros trabajos para los que no contaba con autorización. Asimismo, según la información obrante en el expediente, se ha de considerar que la detección de muestras de agua contaminada en el aprovechamiento mineral natural se manifiesta a partir de analíticas realizadas por la empresa explotadora del manantial o la propia Delegación en los meses de junio, julio y diciembre de 2005. Por tanto, la reclamación presentada el 17 de marzo de 2006, escasos días después de que la citada Delegación fuera requerida por el reclamante para que emitiera una nueva orden de paralización de obras a la referida empresa constructora, ha de estimarse formulada dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

V

Requisitos sustantivos: daño, relación de causalidad y antijuridicidad de aquél.- En cuanto a la existencia del daño por el que se insta reparación, del contenido de la documentación obrante en el expediente es posible extraer que las aguas del manantial y aprovechamiento denominado "F", objeto de concesión administrativa, experimentaron una contaminación bacteriológica de tal grado que las hacía no aptas para consumo humano y que, por tanto, impedía el aprovechamiento del mismo, no siendo posible determinar si esta situación es o no irreversible, aunque sí consta que la empresa aprovechadora del recurso comunicó a la Delegación que suspendía su explotación y embotellamiento a partir del mes de julio de 2005. En tal sentido, la Jefa de la Sección de Minas de la Delegación Provincial en su informe de 4 de octubre de 2006 indica que existen muestras de agua tomadas en enero de 2006 y analizadas por el Instituto Geológico y Minero de España que eran aptas para el consumo humano, si bien en otras muestras tomadas por la Delegación en diciembre de 2005 y analizadas por el laboratorio L se detectó la presencia de coliformes fecales incompatibles con los criterios sanitarios de calidad establecidos en el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero. Asimismo, significaba dicha funcionaria que los datos analíticos del agua empezaron a presentar resultados negativos a partir de 2005, época que coincide con la realización de las obras del tren de alta velocidad.

Por consiguiente, y sin que ello implique reconocimiento alguno respecto al origen de la contaminación y su alegado carácter irreversible, se ha de admitir la existencia de un daño efectivo susceptible de evaluación económica.

Abordando ya el examen de la relación causal invocada por el reclamante, que se concreta en la imputación de un comportamiento negligente u omisivo a la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Industria y Tecnología, con incidencia causal relevante en la producción de los daños por los que reclama, debe partirse de la base de que, con independencia de lo que pueda considerarse sobre la existencia de posibles actuaciones normales o anormales de la Administración, consistentes en la autorización de obras que previsiblemente fueran a comportar la contaminación del manantial o en el mantenimiento de una actitud permisiva ante la denuncia del afectado de que estaban ejecutándose obras no autorizadas por la Delegación, el aspecto nuclear del asunto sometido a dictamen es si la causación de los daños eventualmente irrogados al concesionario del manantial por la ejecución de las obras del tren de alta velocidad constituye una cuestión en la que la intervención de la Delegación Provincial imputada presenta suficiente grado de protagonismo como para considerarla agente eficiente de la generación de los daños aducidos, toda vez que lo que con plena nitidez subyace bajo las pretensiones planteadas con la reclamación es el propósito, frustrado, del titular de la concesión de que ésta le fuera expropiada e indemnizada por la Administración estatal, promotora de las obras, de manera que, ante el rechazo de su petición, vuelve hacia la Junta de Comunidades igual pretensión indemnizatoria, empleando al efecto el mismo informe de valoración que acompaña su tentativa expropiatoria, sustentada ahora, no en la necesidad de la expropiación, sino en la causación de daños indemnizables a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Pues bien, ante la cuestión planteada, estima el Consejo que la intervención autonómica ligada por el reclamante a la producción del hecho lesivo presenta una meridiana falta de significación y entidad como agente generador o coadyuvante del daño, que se pone especialmente de manifiesto por la concurrencia de los siguientes factores:

Las autorizaciones concedidas a la empresa Z a 31 de enero de 2005 y 17 de enero de 2006 para efectuar diversas obras dentro del perímetro de protección del manantial -que no eran todas las necesarias para la ejecución del Proyecto-, no presuponen una garantía de que aquéllas no pudieran causar algún daño al recurso objeto de concesión y protección. Así se dedu-

ce del contenido de las propias resoluciones autorizatorias dictadas por la Delegación Provincial en las citadas fechas, en las que, ajustándose a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 8/1990, de 28 de diciembre, de aprovechamiento ordenación y fomento de aguas minerales y termales, imponían al solicitante *“la obligación de realizar el seguimiento y evaluación de las características de las aguas y de que se le comuniquen los resultados en cuanto haya una modificación o variación de las mismas”*, agregando que la autorización *“se otorga sin perjuicio de terceros y no exonera por tanto de responsabilidad si se afecta al aprovechamiento de las aguas, debiendo indemnizar a su titular de los daños y perjuicios que se ocasionen”*. Resulta evidente, por tanto, que las resoluciones autorizatorias de obras señaladas se acomodaban al sistema de responsabilidad configurado legalmente en el artículo 11 del citado cuerpo legal -y en idéntico sentido, artículo 12 del Decreto 4/1995, de 31 de enero, aprobatorio de su Reglamento de ejecución-, que dispone: *“1.- La concesión de aprovechamiento de las aguas minerales y termales, otorga a su titular el derecho exclusivo de utilizarlas en las condiciones fijadas en la misma. La Administración Regional a instancia del concesionario proveerá las medidas precisas para impedir que se realicen en el perímetro de protección aprobado trabajos o actividades que puedan perjudicar el normal aprovechamiento de las mismas. [] 2. La realización de cualquier clase de trabajos subterráneos dentro del perímetro citado deberá contar previamente con la autorización de la Consejería de Industria y Turismo, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos. [] Si los trabajos citados en el párrafo anterior perjudican al titular de la concesión de aprovechamiento, quienes hayan obtenido la autorización para la ejecución de los mismos, estarán obligados a indemnizar a aquél.”*

De otro lado, en términos plenamente coincidentes con el sistema legal de responsabilidad aludido, en la resolución adoptada el 18 de noviembre de 2005 por el representante de la Administración promotora de la infraestructura ferroviaria declarada de utilidad pública o interés social (Ministerio de Fomento), por la que se rechazó la pretensión del concesionario del manantial de ampliar los bienes objeto de expropiación incluyendo la concesión de aguas, se afirma: *“este Ministerio resuelve no valorar en el expediente de expropiación forzosa la concesión de aguas minero medicinales denomina “F”, por no encontrarse afectada por el mismo. [...] Considerando a su vez, que en adelante, cualquier perjuicio que se le pudiera causar a D. X, en su derecho de aprovechamiento, si éste deviniese además en real y cierto, deberá considerarse como un daño derivado del funcionamiento de la Administración Pública, indemnizable de acuerdo con su efectivo alcance, por la vía de los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”*

Los extremos puestos de manifiesto con anterioridad configuran un escenario de exigencia y depuración de responsabilidades por la com-

pensación de posibles daños al titular del aprovechamiento de carácter marcadamente bilateral, en donde los órganos de la Administración Regional no ostentan protagonismo alguno, dado que concurre claramente la intervención de un tercero en el curso del proceso lesivo: la Administración titular de las obras, que optó por no expropiar y asumir los eventuales daños por la vía de la responsabilidad patrimonial, o su contratista, de haber ejecutado las obras sin el cuidado y pericia necesarios. Por tanto, dicha intervención presenta tal intensidad, inmediatez y respuesta legal, que rompe todo posible nexo causal con los daños objeto de reclamación, en cuanto a su imputación a la Junta de Comunidades.

Esta tesis debe estimarse respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la trascendencia de la intervención de terceros ante la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabiendo citar al efecto la doctrina recogida en la reciente Sentencia de 30 de octubre de 2006 -JUR 2006,256082, (Fundamento de Derecho 3º)- en la que el alto Tribunal significa: *“por lo que se refiere al nexo causal, que es el requisito cuestionable en este caso, ha de tenerse en cuenta que el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso. Así se refleja en y , según las cuales, «es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (, , y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y, 16 de noviembre de 1998, , y)».*”

A similar resultado lleva la aplicación de dicha doctrina cuando el tercero involucrado en la causación del daño reviste igualmente la condición de Administración Pública, supuesto que suscita la posibilidad de una situación de concurrencia -sin fórmula conjunta de actuación-, que se mueve dentro del marco relacional previsto en el artículo 140.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, donde cada Administración debe fijar su responsabilidad atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Dicho todo lo anterior, que conduce categóricamente a la negación de la responsabilidad patrimonial exigida, es también posible prolongar el análisis de la cuestión abordando el examen del comportamiento seguido por la Delegación Provincial imputada, sin llegar tampoco a advertir en el mismo rasgos de anormalidad significativos, que hipotética e indirectamente fueran relacionables con los daños alegados.

Así, en cuanto a la concesión de las autorizaciones de obras efectivamente otorgadas el 31 de enero de 2005 -para realizar cinco sondeos- y el 17 de enero de 2006 -para efectuar otros seis sondeos, reposición de una acequia y ejecución de apoyos de un paso provisional sobre el Júcar-, que se califica de negligente por el reclamante en el entendimiento de que fueron otorgadas sin la certidumbre de no causar daños al manantial, no puede afirmarse la anormalidad de dichas decisiones pues: en primer término, no puede considerarse acreditado que las obras permitidas hayan sido las causantes de la contaminación -y no las hechas sin autorización-, incluso el tipo de agentes infecciosos detectados hace presumir al Instituto Geológico Minero de España, en su informe de 4 de agosto de 2006, que la existencia de una contaminación bacteriológica del manantial “*no establece una relación de causa efecto con las obras de G*” y que “*habría que buscar la causa más probable en el entorno inmediato de la captación, lo que no parece descartable a la vista del aspecto descuidado del mismo que muestran las fotografías*”; en segundo lugar, tampoco puede estimarse demostrado que las obras autorizadas, de ser las responsables de la contaminación, no habrían podido ejecutarse en forma distinta que no provocara el contagio de las aguas, siendo únicamente culpa del contratista la generación del daño; en tercer lugar, cualquiera que fuera el origen de los daños, tal contingencia estaba prevista en las propias resoluciones autorizatorias, conforme a la normativa de aplicación, y tenían prevista una respuesta indemnizatoria que hace recaer la responsabilidad sobre el beneficiario de la autorización, lo que evidencia que el principio preservacionista que inspira las medidas legales protectoras del aprovechamiento no constituye un valor absoluto, y que, en el presente caso, no pueda ceder ante la ejecución de obras de proclamado carácter público y de interés social; por último, no debe obviarse que las citadas resoluciones fueron objeto de sendos recursos de alzada por el beneficiario de la concesión, desestimados por el titular de la Consejería de Industria y Tecnología mediante resoluciones de 22 de marzo de 2006 y 14 de julio de 2006, habiendo adquirido firmeza la primera y estando la segunda pendiente del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la misma por el reclamante, de suerte que los hipotéticos daños derivados de las mismas no tendrían carácter antijurídico, al estar amparados por resoluciones no declaradas contrarias al ordenamiento,

debiendo dilucidarse su indemnización dentro del propio marco establecido en dichas resoluciones.

Respecto a la permisividad mostrada por la Delegación Provincial de Albacete con ocasión de las obras realizadas por la empresa adjudicataria en los primeros meses del año 2006, tampoco es posible afirmar que la Administración no haya obrado dentro de los límites que pueden considerarse razonables; puesto que, previamente, había ordenado la paralización de las obras realizadas inicialmente sin licencia en abril de 2005 -sin que conste que dicha orden fuera desatendida por sus destinatarios- y cuando ocurre el mismo hecho por segunda vez, en febrero de 2006, formulando el afectado la correspondiente denuncia y el requerimiento de nueva orden de paralización, presentado el 2 de marzo de 2006, la Delegación no permaneció impasible, sino que dirigió una comunicación a la empresa adjudicataria el día 31 de marzo de 2006, recordándole qué obras tenía autorizadas y cuáles estaban todavía pendientes de autorización, lo que puede considerarse equivalente a un recordatorio de la pretérita orden de paralización, puesto que aquella no había sido revocada. Asimismo, debe tomarse en consideración que la reclamación de responsabilidad patrimonial que dio lugar al procedimiento se presentó por el accionante el día 17 de marzo de 2006, sólo quince días después del requerimiento por el que reclamaba la emisión de una nueva orden de paralización. Es más, cuando el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Albacete, en el procedimiento seguido a causa del recurso contencioso administrativo por inactividad formulado por el reclamante a 2 de junio de 2006, mediante auto de 17 de julio de 2006 adopta la medida cautelar de requerir a la Delegación Provincial para que ejecute la orden de paralización dictada en abril de 2005 -que, por tanto, se consideraba operativa-, ésta no puede hacer otra cosa que solicitar la intervención de la Subdelegación del Gobierno en la provincia, mediante comunicación de 3 de agosto de 2006, desconociéndose qué actuaciones generó dicho requerimiento de colaboración.

Corolario de todo lo anterior es que en el supuesto analizado concurre nítidamente la intervención de un tercero de tal intensidad e inmediatez en la eventual generación de los daños objeto de reclamación que supone la ruptura de todo posible nexo causal con el funcionamiento de los servicios prestados por la Administración Regional a través de su Consejería de Industria y Tecnología.

VI

Sobre la cuantificación de la indemnización.- Procede dar término al presente dictamen efectuando una somera consideración respecto

a la suma instada como indemnización, que lleva a afirmar la imposibilidad de aceptar la cuantificación realizada por el reclamante.

Debe significarse, de entrada, que dicha cuantificación parte de la base de que la contaminación del manantial producida resulta irreversible y equivalente a la pérdida definitiva del aprovechamiento inherente a la concesión, aspecto éste ya cuestionado con anterioridad, toda vez que no puede estimarse acreditado que la referida contaminación de las aguas del recurso tenga el carácter definitivo que se pretende.

Como ya se apuntó, el reclamante utiliza como soporte documental de su pretensión indemnizatoria el mismo estudio económico elaborado en junio de 2004 por un Ingeniero Agrónomo perteneciente al Departamento de Economía y Ciencias Sociales de la Universidad Politécnica de V, y que presentó en el expediente de ampliación de expropiación seguido ante el Ministerio de Fomento, solicitando ahora la misma cuantía en que se valoraron el conjunto de los bienes objeto de pretendida expropiación: 26.240.384,58 euros. Por ello, y de entrada, debe ponerse de manifiesto la incongruencia que supone solicitar dicha cantidad de la Administración Regional, por la pérdida del manantial, cuando la suma precitada se descompone claramente en dos conceptos: 36.175,04 euros, por el valor de las tierras afectadas por la expropiación, y 26.204.209,54, por el valor de la concesión. Consiguientemente, con tal planteamiento el interesado no sólo pretende de la Junta de Comunidades la indemnización del perjuicio consistente en la pérdida del aprovechamiento de aguas, sino la retribución de las dos parcelas de las que fue desposeído por el expediente de expropiación y que, obviamente, nada tienen que ver con el motivo de la presente reclamación.

Dicho esto, la cuantificación efectuada en dicho informe sobre el valor concreto del aprovechamiento de aguas descansa primordialmente sobre apreciaciones genéricas vinculadas a ratios económicas tomadas de estimaciones atribuidas a una “*empresa media*” y a cifras de venta futuras vinculadas a variables sobre evolución de precios y de producción meramente hipotéticas, basadas en un volumen de explotación del manantial -105.014.880 litros/año- que el propio estudio reconoce que excede del límite de la concesión; y asociadas a hipótesis más o menos optimistas respecto a la futura demanda de agua, sobre las que la Delegación Provincial interviniente manifiesta en su informe de 3 de agosto de 2006, que “*se ha supuesto que las ventas vayan en aumento, cuando el resultado de los documentos públicos presentados es su disminución*”, concluyendo que “*no es un estudio adaptado a la realidad de la Empresa F*”.

Asimismo, no resulta comprensible que, utilizando como dato de venta media anual un importe de 12.866,66 euros/anuales -correspondiente a una hipótesis de comercialización (75-85 %), cercana a la más optimista de las consideradas (100 %)-, su aplicación a un horizonte de explotación de 84 años pueda dar lugar a una valoración final de 26.204.209,54 euros, cuando la mera multiplicación de ambos parámetros arroja la cantidad de 1.080.799 euros, y a dicha cifra habría de deducirse, lógicamente, los costes de producción.

En todo caso, los datos disponibles en el expediente hacen inviable efectuar una valoración de contrario, que pudiera oponerse a la realizada por la parte reclamante, cabiendo señalar, no obstante, que, de conformidad con los criterios de tasación que serían de aplicación con arreglo a lo dispuesto en 141.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 41.1.2ª de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en relación con el justiprecio de las concesiones mineras, la cuantificación que procediera efectuar habría de atender primordialmente a los rendimientos líquidos dejados de obtener por la imposibilidad de disfrute de la concesión, con atención a los extremos señalados en este último precepto; sistema que conduce a la determinación del lucro cesante y que debería aplicarse tomando como base, primordialmente, datos reales y acreditados sobre volúmenes de agua envasada, facturación emitida, contabilidad empresarial y tributación, que no obran en el expediente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que no habiéndose acreditado la existencia de relación de causalidad entre el servicio público dispensado por la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Industria y Tecnología y los daños alegados por D. X, relativos a la contaminación de un manantial denominado "F", sito en el término municipal de T, procede dictar resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada."

Toledo, 14 de marzo de 2007

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

I. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INAPLICACIÓN DE UNA NORMA LEGAL VIGENTE POR CONTRADICTORIA CON EL DERECHO COMUNITARIO SIN PREVIO PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL.

Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006, de 19 de junio

El Tribunal Constitucional responde a un recurso de amparo promovido por el Gobierno de Canarias contra la Sentencia de 25 de junio dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJ), con sede en las Palmas. En la Sentencia recurrida se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Real Club Náutico de Gran Canarias contra la desestimación de su solicitud de devolución de ingre-

tos indebidos formulada en relación con las cuotas del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) correspondientes a servicios prestados por entidades públicas y privadas a favor de quienes practiquen el deporte o la educación física en diversos ejercicios fiscales entre 1993 y 1998.

El TSJ de Canarias tomó en consideración que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 7 de mayo de 1998 había condenado a España por incumplimiento de la Sexta Directiva sobre armonización fiscal debido a que la exención establecida en el art. 20.1.13 de la Ley 37/1992, reguladora del IVA, para las cuotas satisfechas por estos servicios se condicionaba a que los mismos no superasen determinadas cuantías, siendo tal limitación contraria a la indicada Directiva. A juicio de la resolución impugnada, la semejanza existente entre el IVA y el IGIC, así como la identidad de aquel precepto de la Ley del IVA con el art. 10.1.13 de la Ley 20/1991 reguladora del IGIC impedían establecer diferenciaciones interpretativas, razón por la cual los pagos efectuados por las prestación de los referidos servicios habrían de estar también incondicionalmente exentos del IGIC y, en consecuencia, resultaba procedente la devolución de las cuotas satisfechas por tal concepto.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el Gobierno de Canarias y declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), sobre la base de los siguientes razonamientos.

En primer lugar, el Tribunal advierte que, como admiten todas las partes en el proceso constitucional, la STJCE de 7 de mayo de 1998 no afectó al art. 10.1.13 de la Ley 20/1991, “de modo que el órgano judicial no podía dejar de aplicarla sin plantear, o bien cuestión de inconstitucionalidad, si entendía contraria al principio de igualdad la diferencia de trato que respecto de la aplicación del impuesto general indirecto canario y el IVA había ocasionado la anulación de los límites a la exención en el ámbito del último de los indicados tributos, o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida en el impuesto general indirecto canario sobre el extremo que a los efectos del caso interesan era contraria al Derecho comunitario, pues, conforme al art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, «cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia»” (FJ. 4º).

En segundo lugar, el Tribunal recuerda que, conforme a la doctrina establecida en su STC 58/2004, de 19 de abril, “la preterición del sistema de fuentes sobre el control de normas implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera auténtica indefensión”, y aclara, en este sentido, que no corresponde al TC resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la norma interna y el Derecho comunitario, sino “única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías” (FJ. 4º).

En definitiva, al dejar de aplicar el art. 10.1.13 de la Ley 20/1991 se vulneró el sistema de fuentes relativo al control de normas, ya que resulta patente que la SJCE que declara la incompatibilidad del art. 20.1.13 de la Ley 37/1992 con la Sexta Directiva IVA no puede justificar la inaplicación de una Ley en un territorio en el cual la Directiva no despliega efectos [art. 3 de la Directiva y art. 4.1 del Reglamento (CEE) n.º 1911/1991, del Consejo, de 26 de junio, relativo a la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario en las Islas Canarias]. Esta afirmación “resulta si cabe más incontrovertible cuando estamos en presencia de una Ley distinta a la declarada contraria al Derecho comunitario. Que su contenido material sea idéntico no supone sino el ejercicio de la libertad de configuración del legislador que, incluso cuando opera con un margen de actuación distinto, puede optar por introducir allí donde tiene tal margen (Canarias) la misma regulación que donde no lo tiene (territorio peninsular)”. Y aunque es cierto que como consecuencia de aquella STJCE nuestro legislador –mediante la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social– procedió a suprimir todo límite para el disfrute de la exención tanto en la Ley del IVA como en la Ley del IGIC, manteniendo de este modo la homogeneidad normativa existente hasta la declaración de disconformidad con el Derecho comunitario, “la constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea de la misma exención en ambos tributos [...] no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el Ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho comunitario” (FJ. 5º).

La relevancia de esta Sentencia reside en varios extremos. De un lado, frente a la falta de costumbre de los tribunales de justicia españoles, particularmente de los competentes en materia contencioso-administrativa, en la utilización de la cuestión prejudicial ante el TJCE, de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 58/2004 (en relación con la tasa sobre el juego) y reiterada, en la Sentencia

194/2006, se desprende que, en determinados casos, no plantear cuestión prejudicial puede ser inconstitucional, al suponer una violación de la tutela judicial efectiva. De otra parte, deberemos estar muy atentos a los efectos que esta doctrina constitucional tiene sobre la STS de 9 de diciembre de 2004 que anuló diversos preceptos de las Normas Forales de los Territorios Históricos del País Vasco relativas al Impuesto sobre Sociedades sin plantear cuestión prejudicial, al considerar que existían indicios de constituir ayudas de Estado no notificadas a la Comisión, basando su razonamiento en la existencia de una supuesta jurisprudencia del TJCE en la que se sostenía que el carácter selectivo de las ayudas deriva automáticamente de su ámbito territorial limitado (doctrina del acto claro). La incorrección de la interpretación efectuada por el TS es patente tras la publicación de la STJCE de 6 de septiembre de 2006, C-88/03, *República de Portugal/Comisión*.

2. PRINCIPIOS DE IGUALDAD TRIBUTARIA Y CAPACIDAD ECONÓMICA FRENTE A LA IMPUTACIÓN DE RENTAS DEL CAPITAL INMOBILIARIO.

Sentencia del Tribunal Constitucional 295/2006, de 11 de octubre

La Sentencia objeto del presente comentario estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco frente al párrafo primero del art. 34 b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), por posible vulneración de los arts. 14 y 31.1 de la Constitución española. No obstante, cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, al que se adhiere don Pablo Pérez Tremps.

El precepto cuestionado, en su redacción originaria, establecía que constituían rendimientos íntegros del capital inmobiliario “en el supuesto de los restantes inmuebles urbanos [esto es, los no arrendados o subarrendados], excluido el suelo no edificado, la cantidad que resulte de aplicar el 2 por 100 al valor por el que se hallen computados o deberían, en su caso, computarse a efectos del impuesto sobre el patrimonio” (el mayor de los tres siguientes: valor catastral, el comprobado por la Administración, o el valor de adquisición –art. 10.1 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio–). A juicio de la Sala el artículo reproducido podía contradecir el artículo 14, en relación con el 31, de la Constitución, en la medida en que establecía una “ficción” de obtención de renta del capital inmobiliario que incurre en una discriminación irrazonable al imputar un rendimiento distinto a los diferentes sujetos pasi-

vos que ostentan la titularidad de viviendas iguales o de características muy similares, en función de la adquisición más o menos reciente de aquéllas.

En relación con la alegación efectuada por el TSJ del País Vasco (y compartida por el Fiscal General del Estado) según la cual el precepto cuestionado establece una “ficción” de obtención de renta por los propietarios de inmuebles no arrendados, el Tribunal destaca la importancia de esa precisión pues, si así fuese, el precepto cuestionado sería contrario al principio constitucional de capacidad económica, puesto que de acuerdo con la doctrina constitucional dicho principio se vulnera cuando la capacidad económica gravada por el tributo es no ya potencial, sino inexistente o ficticia. En este sentido, el Tribunal realiza una afirmación muy importante, al señalar que “los rendimientos de los inmuebles urbanos que contempla el precepto cuestionado integran la manifestación de una capacidad económica que si bien no deriva de una renta real –no hay un ingreso efectivamente producido– sí conecta con una renta potencial: cabe razonablemente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que «renuncia» su titular –el que podría obtenerse mediante su arrendamiento– estamos ante una «renuncia potencial» susceptible de ser sometida a imposición por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de la misma manera que –en relación con el impuesto andaluz de tierras infrautilizadas– hemos afirmado que la renuncia a obtener el rendimiento óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas “es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial (STC 37/1997, de 26 de marzo, FJ 13)” (FJ. 6º).

Por lo que se refiere a la quiebra del principio de igualdad tributaria, el Tribunal constata que el término de comparación aportado por el órgano judicial para ilustrar la desigualdad denunciada es homogéneo, requisito indispensable para apreciar la vulneración de dicho principio. Al poner de manifiesto la discriminación denunciada, el TSJ del País Vasco establece la comparación entre dos contribuyentes del IRPF que son titulares de bienes inmuebles idénticos (mismas características físicas, jurídicas y económicas, además de formar parte de la misma unidad constructiva). De ello deriva, a juicio del Tribunal, “que sus rentas potenciales –capacidades económicas gravadas– son insoslayablemente idénticas. En el caso de rentas reales, las efectivamente percibidas por arrendamiento de inmuebles idénticos pueden ser diferentes, pero tratándose de rentas potenciales –las que teóricamente pueden percibirse– no cabe esa diferencia: la identidad de las características de los inmuebles arrastra inexorablemente la identidad de capacidad económica. Y

pese a esta identidad, el diferente momento de adquisición da lugar a la imputación de un «rendimiento tributario distinto ... en función de una regla de valoración tributaria de inmuebles inicialmente concebida para otro tributo diferente y a la que se accede por reenvío normativo», es decir «la adquisición más o menos reciente de la vivienda» se erige en «factor decisivo de la imputación de un diferente rendimiento». Así pues, en la medida en que la norma legal cuestionada imputa un rendimiento del capital inmobiliario diferente a cada titular en función del valor a tomar en consideración (uno de los tres valores anteriormente mencionados contenidos en la Ley 19/1991), resulta que también podrá ser distinta la cantidad que se imputa a los titulares de bienes inmuebles en concepto de renta sujeta a gravamen en el IRPF, y esa diferencia dependerá no de las características del inmueble, sino sólo del momento temporal en que se haya producido la adquisición del mismo por el titular (FJ. 6º).

Asimismo, el Tribunal rechaza que la diferencia de tratamiento tenga una justificación objetiva y razonable. Las razones aducidas por el Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de la regla de valoración prevista en el IP no sirven para justificar la constitucionalidad de la misma en el IRPF, del mismo modo que los posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma reguladora del IRPF tampoco son trasladables a la del IP; Y ello porque, como se desprende de los hechos imponible configurados por sus respectivas leyes reguladoras, dichos impuestos someten a tributación manifestaciones de riqueza diferentes. Por otra parte, tampoco admite como justificación de la constitucionalidad de la diferencia la vocación de generalidad y aplicación uniforme de la remisión normativa a las regla de valoración del IP, pues no debe “declararse la conformidad con la Constitución de una norma tributaria que establece, en la generalidad de los casos, una discriminación contraria al principio de igualdad del art. 31.1 CE por el solo hecho de que «tenga vocación de generalidad y aplicación uniforme». Finalmente, tampoco en la exposición de motivos o en los debates parlamentarios de las sucesivas leyes reguladoras del IRPF aparece razón alguna que pueda justificar el cuestionado trato dispar (FJ. 7º).

Sobre la base de los razonamientos expuestos el Tribunal considera que el párrafo primero del art. 34 b) de la Ley 18/1991 en su versión original es inconstitucional, pues “aunque la titularidad de bienes inmuebles no arrendados exterioriza la existencia de una renta potencial [...] lo que permite someterla a imposición en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, es evidente que la renta imputada necesariamente debe ser la misma ante bienes inmuebles idénticos (misma

superficie, valor catastral y valor de mercado), careciendo de una justificación razonable la utilización de un diferente criterio para la cuantificación de los rendimientos frente a iguales manifestaciones de capacidad económica, pues fundamentar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas la diferente imputación de renta a cada titular de bienes inmuebles no arrendados en la circunstancia de que se haya o no producido un acto dispositivo por el titular o actuaciones administrativas dirigidas a su valoración, vulnera el principio de igualdad tributaria previsto en el art. 31.1 CE” (FJ. 8º).

Los Magistrados don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps discrepan del parecer mayoritario del Pleno y consideran que la cuestión debió ser desestimada, sobre la base de dos razonamientos: De una parte, entienden que la Sentencia incurre en contradicción, puesto que “no se comprende bien que un mismo método de valoración pueda servir para un impuesto –el impuesto sobre el patrimonio– sin vulnerar el principio de capacidad económica en relación con el principio de igualdad (art. 31.1 y 14 CE) y sea a la vez inconstitucional para otro –el impuesto sobre la renta de las personas físicas– por desconocer tales principios, cuando es así que las rentas potenciales, conforme se ha dicho, dependen de un mismo punto de partida, cual es la mencionada titularidad de unos bienes” (Apartado 1). De otro lado, esa contradicción “está fundada en una afirmación apodíctica: la de que va de suyo que en las rentas potenciales una igualdad de condiciones en inmuebles no arrendados ha de conducir inexorablemente a idéntica manifestación de capacidad económica, sin que puedan entrar en juego criterios tan igualitarios y generales como los valores comprobados por la Hacienda en otros impuestos o valores de adquisición”. Los Magistrados discrepantes consideran, de acuerdo con el Abogado General, que, aunque parezca obvio, bienes en iguales condiciones pueden reflejar distintas capacidades económicas derivadas de diferentes momentos en que se haya podido producir su adquisición o valoración. “[L]a capacidad económica se manifiesta no comparando objetivamente bienes, sino comparando situaciones personales adoptadas por sus titulares respecto de los mismos. Y es que no puede negarse que, ante dos inmuebles de iguales condiciones objetivas adquiridos en distintas épocas y por diferente valor –que es lo normal– la renta potencial de cada uno puede ser diferente y traslucirse así en cada ejercicio económico si se toman en consideración los, a su vez, diferentes posibles momentos de su inicio, por similitud con lo que ocurre con las rentas reales. En cualquier caso, una actuación voluntaria del contribuyente que ha revelado mayor capacidad contributiva puede –y hasta debe– referirse a las posibilidades (esto es lo potencial) de obtención de una renta susceptible de ser

imputada al titular del bien que la haya efectuado. Nada de inconstitucional hay en ello, ni nada que pueda entenderse vulnerador del principio de capacidad económica, sino todo lo contrario” (Apartado 2).

En otro orden de ideas, el voto particular critica la generalidad de la fórmula de declaración de inconstitucionalidad empleada, que no introduce ninguna matización o aclaración en relación con su alcance. Hubiera sido deseable mayor claridad para evitar posibles interpretaciones extensivas de futuro (Apartado 3).

II. CATEGORÍAS Y ELEMENTOS TRIBUTARIOS

1. PETICIÓN DE DATOS A LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS DE OTROS ESTADOS. INTERRUPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN. AUTONOMÍA E INSTRUMENTALIDAD DE LAS ACTUACIONES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2006

Una de las cuestiones que centra los diversos motivos de impugnación de que se ocupa el pronunciamiento de la Audiencia Nacional viene referida a las actuaciones de requerimiento de información tributaria efectuados por parte de los órganos competentes de la Inspección de los tributos a las Administraciones tributarias de otros Estados y, más concretamente, la controversia que suscita dicha petición de datos en relación con la posible interrupción del plazo de prescripción tributaria relativo a las actuaciones de comprobación llevadas a cabo por parte del órgano mencionado.

De este modo, el Tribunal, ante las actuaciones efectuadas por parte de la Inspección de los tributos en relación con un determinado Club de Fútbol, entiende, por una parte, que la petición de información realizada a Administraciones fiscales extranjeras interrumpe justificadamente el plazo de prescripción tributaria, tal como establece, por lo demás, el artículo 31 bis) 1.ª del Reglamento General de la Inspección de los Tributos y ello, y esto es lo que nos parece más interesante, aun cuando durante el tiempo en que dichas Administraciones tardaron en contestar el procedimiento continuara respecto de otras actuaciones o datos que no deriven o dependan de la diligencia pendiente de practicar en el extranjero. Razonamiento que la Audiencia Nacional justifica apoyándose en un pronunciamiento anterior, de 11 de marzo de 2005, en el que dicho Órgano señalaba que la “interrupción” a que se refiere

el mencionado artículo 36 bis) 1.ª se predica en relación con la “petición de datos o informes” no suponiendo la misma “paralización de la actividad inspectora en su totalidad, ni tampoco (...) que la Administración tributaria solicitante pueda seguir el procedimiento iniciado respecto a otros datos o actuaciones, sino que puede continuar paralelamente realizando actuaciones, si bien el cómputo de la dilación la marca la actuación en concreto de la que se predica, es decir, en el presente caso, la solicitud de informes a una administración extranjera” (FJ. 7º).

Modo de argumentar, a nuestro juicio, que no es sino la consecuencia del carácter autónomo, a la vez que instrumental, que las actuaciones de obtención de información presentan en relación con el procedimiento de gestión en que se encuentran incardinadas. Autonomía, en efecto, que determina que las mismas puedan seguir distinto cauce procedimental, independiente, por tanto, del resto de actuaciones llevadas a cabo, en este caso concreto, por parte de la Inspección de los Tributos e instrumentalidad, por otro lado, que justifica la paralización del procedimiento a partir de la adecuación de la obtención de información a la finalidad perseguida por el procedimiento en que la misma se inserta. Adecuación, en consecuencia, desde la cual debe enjuiciarse la virtualidad interruptiva de los requerimientos de información en relación a la obligación tributaria a que los mismos se refieren.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. NOTIFICACIÓN EDICTAL. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA. ACTUACIONES NO INTERRUPTIVAS.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2006 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 15 de septiembre de 2006

En esta Sentencia se resuelve un recurso contencioso-administrativo por el que se impugna una Resolución del TEAC en que se modificaban las bases declaradas en concepto del Impuesto sobre Sociedades, apoyándose en dos motivos argumentativos: 1º) la ineficacia de la notificación edictal de la resolución del TEAC que impidió tener conocimiento de la resolución a la entidad recurrente; 2º) la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria por el transcurso del plazo de cuatro años, desde la fecha de interposición del recurso de alzada, hasta la notificación en forma de la resolución del TEAC.

En cuanto al primer motivo de impugnación, la Audiencia Nacional tiene presente que este tipo de notificación edictal puede sorprender de acuerdo a la perspectiva garantista de las distintas Leyes administrativas han tenido desde tiempo atrás. No obstante, su regulación queda plenamente justificada de acuerdo al deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del artículo 31 CE. Pues bien, la Audiencia atiende al cumplimiento de los requisitos legales del artículo 59.2 Ley 30/1992, que regula este tipo de notificación, observando que la notificación edictal ha de considerarse defectuosa, pues sólo se ha producido un intento de notificación, en lugar de haber realizado un segundo intento dentro de los tres días siguientes y en un hora distinta.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Castilla-León (Burgos), nº 398/2006, de 15 de septiembre de 2006, reitera la postura jurisprudencial sobre las circunstancias en que proceden las notificaciones edictales, sin que pueda deducirse indefensión alguna. Conforme a esta doctrina, los supuestos en que procede la notificación edictal son el intento de notificación personal en el domicilio designado a efectos de notificaciones y el cambio de domicilio no comunicado a la Administración. Cuando no sea posible realizar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración tributaria, y una vez intentado por dos veces, se hará constar esta circunstancia en el expediente con expresión de las circunstancias de los intentos de notificación. En estos casos, se citará al interesado o a su representante para ser notificados por comparecencia, por medio de anuncios que se publicarán, por una sola vez para cada interesado en el “Boletín Oficial del Estado”, o en los boletines de las Comunidades Autónomas o de las provincias, según la Administración de la que proceda el acto a notificar y el ámbito territorial del órgano que lo dicte.

Más interesante resulta la postura de la Audiencia Nacional en relación con el segundo motivo de impugnación, mediante el cual –como pretende la parte– se anuda la notificación edictal defectuosa a la consecuencia de impedir la producción de efectos jurídicos que le son propios y sobre todo, no interrumpir la prescripción del derecho de la Administración a liquidar el tributo. Así, son relevantes las consecuencias que actuaciones en relación a un tercero distinto del recurrente han podido tener de cara a la interrupción a la prescripción del derecho a determinar su deuda tributaria. De este modo, en este caso se ha producido la prescripción, puesto que entre la fecha en que se formularon las alegaciones y la notificación de la resolución no se ha practicado ninguna actuación intermedia con él y es que, no interrumpe la prescrip-

ción el hecho de que compareciera un socio de la entidad recurrente en el procedimiento solicitando que se le tuviera por interesado en el mismo, pues no hay constancia alguna de que se le diera traslado de lo anterior a la entidad recurrente a efectos de que tuviera “conocimiento formal”. La actuación del socio no interrumpe la prescripción porque no es una actuación llevada a cabo por el recurrente (la sociedad), sino por un tercero. Además la personación del socio lo es a efectos de las posibles bases imponibles que le puedan imputar por IRPF, y no sobre el IS, que era el objeto del procedimiento.

2. COMPROBACIÓN DE VALORES. MOTIVACIÓN INSUFICIENTE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León (Burgos) de 22 de septiembre de 2006

El asunto trae causa en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra la resolución del TEAR de Castilla y León, Sala de Burgos de 27 de enero de 2005, por la que se desestimaba una reclamación económico administrativa formulada por la recurrente, contra la resolución de la Oficina Liquidadora de Aranda de Duero (Burgos), en que se atacaba la valoración y liquidación derivadas de la declaración de obra nueva y división horizontal, y en consecuencia, se practica una liquidación complementaria por ITP.

En apoyo de sus pretensiones anulatorias, la recurrente aduce que las resoluciones recurridas incurren en manifiesta falta de motivación al quedar indeterminado de donde y por qué se aplican los valores unitarios y los índices correctores tanto respecto del valor del suelo como de la construcción, denunciando contradicciones en las apreciaciones que se realizan, de modo que no se conoce el camino claro para la determinación del valor, siendo en todo caso desproporcionada la valoración accediendo a las circunstancias físicas y fácticas del inmueble. Por lo demás la valoración se contradice con la que ha sido admitida por el Ayuntamiento a efectos de la liquidación de la tasa por licencia de obras y el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras.

Iniciado expediente de comprobación de valores, la metodología de la valoración que se manifiesta, consiste en el empleo del método de informe de perito partiendo de precios medios resultantes de estudios de mercado de bienes inmuebles urbanos. Con este informe se giró la liquidación complementaria por el concepto de actos jurídicos documentados derivado de la división en propiedad horizon-

tal. Seguidamente en el apartado dictamen del técnico de la administración primero indica la metodología de la valoración, se diferencia en atención a los usos considerados. A continuación, la construcción se define según la tipología, la antigüedad de la construcción, se aplica el coeficiente de mercado en función de la entidad urbana, la zona, la antigüedad y la conservación de la construcción y finalmente, se individualiza la valoración estimando los conocimientos del mercado.

En cuanto a dicha alegación de falta de motivación, es de sobra conocido que la administración tributaria autonómica debe respetar las exigencias del artículo 124.2 LGT de 1963, cuando advierte que «los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que resuelvan recursos y reclamaciones, los que deniega la suspensión de la ejecución de actos de gestión tributaria, así como cuantos otros se establezcan en la normativa vigente, serán motivados con referencia a los hechos y fundamentos de derecho», al tiempo de realizar la comprobación de valores que le faculta, entre otros el art. 52 de la LGT.

A juicio del Tribunal, la metodología empleada por la administración demandada calificada por la propia Administración como de dictamen de peritos del art. 52.d) de la LGT de 1963, es sin embargo una utilización más o menos híbrida con el medio previsto por el art. 52. b) (precios medios en el mercado), pues se hace mención a «los valores unitarios obtenidos de los estudios de mercado efectuados por la Junta de Castilla y León» y por otro lado se menciona que «han sido actualizados a la fecha del devengo del impuesto, son ponderados para el bien objeto de la presente valoración, según unos correctores en los que se tiene en cuenta la categoría de la ciudad y barrio donde se ubica el bien, los servicios urbanísticos de que disponga la zona, la tipología constructiva propia del bien, su antigüedad y estado de conservación, sus calidades e instalaciones actualización y ponderación» y que esa ponderación también se ha realizado por medio de las «correcciones que al leal saber y entender del técnico valorador fueren necesarios en base a su capacitación y su conocimiento del mercado local o en atención a circunstancias especiales que concurren en el bien una vez identificado y conforme a los siguientes datos y características». Ello, al margen de que la administración, al realizar la notificación del valor comprobado advierta que el método de comprobación por ella utilizado es el de dictamen de peritos. En todo caso, no puede presumirse la certeza de los estudios de mercado, sino que se requiere la justificación de las razones de su formulación y de su aplicación a los bienes concretos.

En resumen, todo informe pericial (y los tributarios también) que han de servir de base a la comprobación de valores, deben ser:

- 1) Fundados, lo cual equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta; para que el contribuyente pueda conocer sus fundamentos técnicos y prácticos.
- 2) Que aun pudiendo ser lacónica y sucinta, no es admisible si se omiten o se consignan meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o solo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas proformadas. Debe ser individualizada.
- 3) Debe ser notificada al contribuyente.

La Sala estima, en aplicación de la antedicha doctrina, que la valoración aquí cuestionada adolece de falta de motivación, y ello porque considera:

- 1º) la falta de aportación de los valores unitarios obtenidos de los Estudios de Mercado citados por la Junta de Castilla y León, que sirven de base a la valoración.
- 2º) la aplicación, ponderación y actualización de los valores no concuerdan con los que se han utilizado efectivamente.
- 3º) los Servicios de Hacienda de la Junta de Castilla y León, al proceder a realizar la comprobación de valores no han procedido a un examen directo del bien valorado, pues las expresiones empleadas son las estereotipadas que corresponden a los índices que se quieren aplicar, no a la realidad existente, y el Tribunal ilustra su criterio indicando que “solo ello justifica que estando en el mismo edificio resulte que la zona según su uso y atractivo de lugar a distinta apreciación, con cambio en el índice aplicado, ello sin una explicación, o que a la hora de aplicar índices correctores para el suelo o para la construcción se varíen los aplicados en unos y otros casos sin que sepamos porque”. A su vez, añade el Tribunal la falta de constancia en las actuaciones de la fecha de los estudios de mercado, del procedimiento de actualización y del camino para llegar a las correcciones realizadas por el perito tasado.

Destacamos las manifestaciones concluyentes al respecto del Tribunal a que le llevan las mencionadas carencias: “en un Estado Social y Democrático de Derecho como es España, con un sistema tributario plenamente constitucional y respetuoso entre otros con el Principio de Legalidad, en todas sus dimensiones, no se puede admitir la aplicación de un procedimiento valorativo oculto, inmotivado, alegal o simplemen-

te basado en el fin que lo guía y no en los medios. No es menester realizar mayores consideraciones sobre este primer y obvio argumento”. Por ello, el Tribunal anula las resoluciones impugnadas por no ser conformes a derecho, máxime cuando resulta que las valoraciones realizadas no consta, por faltar la individualización necesaria de la valoración, que se ajusten a las características de la construcción.

3. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA. INTERRUPCIÓN. ACTOS NULOS Y ANULABLES.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006

La presente Sentencia resuelve un recurso de casación en interés de ley, interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que tenía por objeto una liquidación derivada de un acta de disconformidad incoada en concepto de IRPF.

El Abogado del Estado argumenta que la anulación de una liquidación no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria, siempre que se haya producido anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales económico-administrativos.

Pues bien, para el Tribunal la apreciación de la prescripción requiere al menos dos requisitos: 1º) que haya silencio en la relación jurídica que prescribe; 2º) que la norma jurídica reconozca la prescripción que se declara. Sin embargo, según sostiene el Tribunal, ninguna de estas dos circunstancias concurren en el supuesto analizado, pues se dicta un acto dirigido a la liquidación de la deuda y, posteriormente, el recurrente impugnó la liquidación administrativa pertinente, que dio lugar a la nueva liquidación controvertida.

La importancia de esta sentencia reside en que estima, por un lado, la relevancia de la nulidad o anulabilidad de los actos de la Administración a efectos de apreciar la interrupción de la prescripción que de ellos pueda derivarse; y, por otro lado, confirmando los argumentos del Abogado del Estado, declara como doctrina legal que la anulación de una liquidación tributaria por una causa de anulabilidad no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales económico-administrativos, manteniéndose dicha interrupción, con plenitud de efectos (FJ 3º).

4. NOTIFICACIÓN VIA FAX.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de junio de 2006

Como sabemos, la interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras por un plazo superior a seis meses, por causa no imputable al obligado tributario, tiene la consecuencia de que no se considera interrumpido el plazo de la prescripción del derecho que tiene la Administración para determinar la deuda tributaria.

El recurrente no duda de que se haya producido una comunicación por la Administración antes del transcurso de dicho plazo, sin embargo, sostiene que no la recibió porque se envió por fax al despacho profesional donde presta sus servicios y nadie se la hizo llegar, se expidió pasadas las dos de la tarde de un viernes, siendo el lunes siguiente parte de un puente que razonablemente podía tomarse.

No obstante, el Tribunal entiende que es válida la notificación realizada mediante fax porque ha sido la vía de comunicación constantemente utilizada a lo largo de todo el procedimiento por ambas partes. Además, en el expediente queda acreditada la recepción del fax en el número al que se han remitido todas las comunicaciones. Asimismo, se sostiene que la Administración no tiene la culpa de los problemas de organización del despacho del profesional y menos de las vacaciones que el recurrente desee tomar.

5. TRÁMITE DE ALEGACIONES. SIGNIFICADO DE “PUESTA DE MANIFIESTO DEL EXPEDIENTE”.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de julio de 2006

El recurrente entiende que la puesta de manifiesto del expediente ha de ser considerada como una diligencia más a modo de resumen, que no expone de forma pormenorizada el contenido documental del expediente, por lo que a su juicio se le produce indefensión y, por lo tanto, deben declararse nulas las actuaciones.

El Tribunal responde que el Diccionario de la Real Academia Española contiene los siguientes significados del término “poner de manifiesto algo”: manifestarlo, exponerlo al público y dejar los autos sobre la mesa de secretaría para que las partes puedan instruirse de

ellos. Esta última acepción es la que corresponde aplicar en el ámbito jurídico, según la cual la puesta de manifiesto no implica ninguna actividad didáctica o de instrucción por parte del funcionario responsable del expediente. Por este motivo no puede apreciarse indefensión.

IV. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN

V. RECAUDACION

1. ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA DE RECAUDACIÓN EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA. DEBE CONSIDERARSE AJUSTADA A DERECHO LA PROVIDENCIA DE APREMIO IMPUGNADA.

Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1 de febrero de 2006

El objeto litigioso del presente pronunciamiento traspasa nuestras fronteras para enmarcarse en el seno de la Unión Europea y, más concretamente, en el ámbito de la asistencia mutua en materia de recaudación, centrándose la cuestión planteada en la determinación, según palabras del propio Órgano juzgador, de “si es o no ajustado el procedimiento de apremio impugnado” (FJ. 1º). Sentencia importante por la relevancia que tiene la colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal y, más aún, en orden a la realización de la justicia tributaria en un ordenamiento globalizado.

En efecto, y habiendo sido dirigida una petición de cobro a las autoridades españolas por parte de las alemanas, en la que se solicita, en los términos que establece el artículo 7º de la Directiva 76/308/CEE, “el cobro del crédito o créditos que son objeto del título anexo”, la alegación de la Sociedad contra la que se dirige dicha petición de cobro se centra en el hecho de que en la providencia de apremio no se identifica la deuda apremiada.

Alegación que desestima el Tribunal apoyándose en dos órdenes de razonamientos. En primer lugar, en base a la circunstancia de que la petición, realizada en los términos del artículo 7º más arriba citado, debe considerarse como “título equivalente a nuestras extintas certificaciones de descubierto, expedido contra la Sociedad reclamante por el impago de una deuda exigida en período voluntario correspondiente al concepto de IVA a la importación” (FJ. 3º). Y, en segundo término, y dando por sentado lo anterior, el Órgano juzgador entiende que dicha

Sociedad, en el trámite de la reclamación, manifiesta tanto que la deuda es por IVA a la importación como que se ha devengado en 1992 en el Estado de Alemania “lo que evidencia que la deuda estaba identificada, como así se desprende del expediente administrativo y de los documentos que le fueros adjuntados con dicha providencia de apremio”, añadiendo que en dicha providencia “se señala como órgano liquidador de la deuda el Estado de Alemania, la clave de liquidación, la finalización del plazo de pago en voluntaria, y como concepto ‘recaudación asistencia mutua países CEE’” (FJ. 5º).

2. PAGO REALIZADO A UNA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA COMPETENTE. ESTIMACIÓN EN BASE A LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sede en Valladolid) de 30 mayo de 2006

La relevancia del presente pronunciamiento se centra en la aplicación que el Organo juzgador realiza del principio de coordinación entre Administraciones tributarias estimando el recurso interpuesto, precisamente, en base al mismo.

Principio, en efecto, que el Tribunal aplica a la cuestión controvertida centrada en el recurso contra la providencia de apremio, dictada por el Servicio de Hacienda de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, debido a que el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ya se había realizado por parte del recurrente a la Delegación de Hacienda de Segovia dependiente de la Administración General del Estado.

Recurso que había sido desestimado en instancias anteriores en base, esencialmente, a que siendo el motivo invocado el pago del Impuesto, este no es admisible en este caso porque no se cumple el requisito de la identidad en el pago al no haberse recibido por la Administración de la Comunidad de Castilla y León, que era la competente, al encontrarse el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos cedido a las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre.

Objeto litigioso que, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima a favor del recurrente al entender aplicable lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del artículo 19. Precepto que, en

lo que en relación con el presente supuesto interesa, establece, por una parte, que las Administraciones del Estado colaborarán con las de las demás Comunidades Autónomas “en todos los órdenes de gestión, inspección y revisión de los tributos” y, por otra, que los funcionarios u oficinas de la Administración del Estado “no admitirán ningún tipo de documento que les sea presentado a fin distinto del de su liquidación y que contenga hechos imposables sujetos a tributos que otra Administración deba exigir, sin que se acredite el pago de la deuda tributaria liquidada, conste declarada la exención por la oficina competente o, cuanto menos, la presentación en ella del referido documento”.

Por ello, y apoyándose en lo señalado en los preceptos mencionados, el Organo juzgador estima que el incumplimiento de estas obligaciones por la Delegación de Hacienda de Segovia “no puede perjudicar al administrado, que cumplió con la obligación material de pago y acreditó ante la Administración competente para la recepción del mismo dónde y cuánto pagó, por lo que en tanto no se ha acreditado mala fe en el administrado, éste debe quedar exonerado del pago que ahora se le reclama, en la medida en que la efectividad del principio de coordinación expuesto conduce a que a la Administración competente le hubiera bastado reclamar a la Administración incumplidora (...) la documentación y cuotas ingresadas” (E.J. 2º).

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. INFRACCIONES TRIBUTARIAS. RETROACTIVIDAD. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2006, de 27 de marzo

Destacaremos que los recurrentes en amparo invocan el art. 25.1 CE («Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»), vulnerado, a juicio de éstos, por no haberse aplicado retroactivamente el art. 37.3 LGT (1963) -en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio-. La deuda tributaria derivada a los recurrentes en cuestión «se integraba por sanciones y dicho precepto era claramente más favorable que el anteriormente vigente al excluir la posibilidad de que la responsabilidad alcance a las sanciones» (según el referido art. 37.3 LGT de 1963, «la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, con excepción de las sanciones»).

Sin embargo, la Sentencia considera que no se ha infringido el citado precepto de nuestra Carta Magna. Por un lado, argumenta que la jurisprudencia del Tribunal «viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE y, de esta forma, su eventual defensa en esta vía constitucional [amparo]» (si como establece la STC 99/2000, «en el ámbito del Derecho penal stricto sensu, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad [...] nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el art. 25.1 CE, esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado “cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa”»). Por otro lado, el art. 9.3 CE, que («interpretado a contrario sensu», puesto que garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales») sí contempla dicha retroactividad, «queda extramuros del amparo».

Los recurrentes invocan también una pretendida violación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE. Por lo que respecta a esta cuestión, sintetizaremos seguidamente los aspectos más relevantes de la Sentencia que nos ocupa.

«En la medida en que, en virtud del art. 40 LGT, se hace responsable a los recurrentes de las sanciones impuestas a una entidad –Difo, S.A.– por las infracciones tributarias consistentes en dejar de ingresar en plazo la deuda tributaria, cometidas por dicha sociedad cuando aquéllos eran sus administradores, es evidente que debe darse a estos últimos la posibilidad de manifestar lo que estimen conveniente...».

No obstante, «pese a que actuaron en todo momento con la diligencia razonablemente exigible en defensa de sus derechos e intereses, los demandantes de amparo no han tenido acceso a la información necesaria para discutir la procedencia y cuantía, tanto de las cuotas tributarias como de las sanciones que finalmente les han sido reclamadas en régimen de responsabilidad». («Esta conclusión es rechazada por el Fiscal, para quien el hecho de que los recurrentes no alegaran la indefensión como consecuencia del desconocimiento de la totalidad del expediente administrativo durante los recursos interpuestos en vía administrativa, demostraría que, o bien tuvieron efec-

tivamente acceso en dicha vía a los datos reclamados o bien no los consideraron trascendentes porque tenían pleno conocimiento de los argumentos que asistieron a la Administración tributaria para acordar su responsabilidad subsidiaria». Ahora bien, recuerda el Tribunal que «el derecho a la tutela judicial efectiva [...] tiene como uno de sus contenidos esenciales el acceso a la jurisdicción “sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso lo que se estime oportuno”». Y por otro lado, según el Constitucional, en el asunto enjuiciado «no es exacto que los recurrentes no alegaran la indefensión padecida en vía administrativa».)

Pero «el solo hecho de que la Administración tributaria no haya facilitado el expediente completo en el curso del proceso contencioso-administrativo, en particular, la documentación previa a las actas incoadas a Difo, S.A.», no permite concluir que se ha vulnerado el derecho de defensa de los recurrentes. A juicio del Tribunal Constitucional, «si los documentos que faltan en el expediente implican falta de prueba [...] los declarados responsables podrán formular todas las alegaciones que estimen oportunas respecto de aquella falta, punto este a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de valorar la prueba. De ahí que podamos afirmar que, en principio, el incumplimiento por parte de la Administración de su deber de remitir el expediente administrativo completo no influye en las posibilidades de defensa de quien acude al proceso contencioso-administrativo impugnando una resolución de la Administración». No procede, pues, apreciar la indefensión en los términos alegados por los recurrentes.

Sin embargo, el Tribunal entiende que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes de amparo, y es que la Sentencia impugnada «viene a sostener que cuando el deudor principal presta su conformidad respecto de las actas, los sujetos declarados responsables pueden discutir sobre la procedencia del acto de derivación de la responsabilidad, pero no acerca de las deudas tributarias (en este caso, sanciones) que se derivan y que, así, quedarían, como consecuencia de la conformidad, inatacables». El Tribunal Constitucional entiende que es «irrazonable considerar la conformidad prestada por un tercero (la persona que compareció en las inspecciones en representación de Difo, S.A.) como un acto propio de quien lo ha prestado (los ahora recurrentes en amparo), que es, en definitiva, el argumento que lleva al órgano judicial a sostener que en este caso no causa indefensión a los recurrentes el no disponer del expediente administrativo completo».

2. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Sentencia del Tribunal Constitucional 340/2006, de 11 de diciembre

El recurrente invoca el art. 24.2 CE en su demanda de amparo frente a la sentencia que, en apelación, lo condena por dos delitos contra la Hacienda Pública (y por un delito continuado de falsedad documental). La infracción del derecho a la presunción de inocencia constituye el objeto central de dicha demanda. El pronunciamiento que nos ocupa otorga el amparo solicitado.

El Tribunal nos recuerda que «después del reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia toda condena ha de basarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y decisivas», y que la «idoneidad incriminatoria debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho [...] así pues, los órganos judiciales deben explicitar en su resolución los elementos de convicción en que se apoya la declaración de los hechos probados con el fin de acreditar que existe prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia».

Por lo que respecta al elemento subjetivo del delito, el Constitucional insiste en la doctrina de que sólo puede considerarse acreditado adecuadamente «si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial».

En aras del derecho a la presunción de inocencia, y considerando la relación que existe entre éste y el derecho a no autoinculparse, añadimos nosotros que no constituirán prueba de cargo legítima, en los procesos por delito fiscal, aquellos elementos o materiales aportados a la Inspección de los tributos por el contribuyente bajo coacción (para evitar sanciones por falta de colaboración), cuando esos elementos o materiales contengan declaraciones de voluntad y/o de conocimiento de dicho contribuyente y su existencia dependa en último término de la voluntad de aquél.

3. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. DOCTRINA DE LOS «FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO».

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006

En relación con este pronunciamiento, subrayamos que el Alto Tribunal rechaza una pretendida vulneración del art. 18.2 CE supuestamente ocasionada por una actuación administrativa tributaria de entrada y registro en las oficinas y dependencias de cierta Organización de Productores de Cultivos Marinos. El citado art. 18.2 CE establece que «el domicilio es inviolable», por lo que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». Ahora bien, a juicio del Tribunal, “la actuación acordada por la autoridad administrativa tributaria no se llevó a cabo en el domicilio del acusado, ni de ninguna otra persona, sino en las oficinas y dependencias de la Organización de Productores de Cultivos Marinos, que, por su propia naturaleza, no integra el concepto de domicilio, como espacio físico en el que el individuo desarrolla las actividades más íntimas y privadas de su personalidad, y, por ello, ese recinto no se encuentra bajo el ámbito de protección constitucional del art. 18.2 del Texto Fundamental. Por consiguiente, habiéndose practicado la actuación administrativa sin quebranto del derecho fundamental que se invoca, es claro que no resulta de aplicación el art. 11.1 LOPJ [«No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»], por lo que [...] podemos establecer [...] que las pruebas obtenidas a partir de la documentación que se intervino en aquella actuación administrativa, son perfectamente legales al haber sido el fruto de diligencias ordenadas, dirigidas y controladas por la Autoridad judicial en el seno del procedimiento penal correspondiente, y sobre las que el recurrente no opone reparo alguno salvo el ya excluido de ser el «fruto del árbol envenenado»”. Se ha de considerar, no obstante, que la entrada tuvo origen en «una intervención mercantil de Hacienda que, posteriormente fue declarada nula». Pero establece el Supremo que, «cuando la prueba se obtiene con incumplimiento de normas procesales de legalidad ordinaria que no de legalidad constitucional, únicamente se origina la ineficacia del acto irregular y su concreto resultado, pero sin que ello impida o excluya futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, e incluso subsanar ese efecto negativo con la práctica de otras diligencias en instrucción o en el plenario».

VII. REVISIÓN

I. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. LEGITIMACIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006

En el caso de autos la Audiencia Nacional resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia estimatoria dictada por el recurso deducido por la entidad mercantil «J Ronco y Cía, SL» contra una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central sobre la liquidación girada en concepto de tarifas por servicios portuarios.

En primer lugar, dado el carácter extraordinario del recurso presentado, se trata de hacer valer la existencia de una contraposición de intereses entre la parte actora y el órgano administrativo de tutela, pero el Tribunal Supremo niega tal extremo, pues a la recurrente se le encomienda la defensa del interés público en lo relativo a Puertos del Estado (no así en lo relativo a la materia tributaria), por más que directa o indirectamente pueda afectar a los recursos propios.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal, la recurrente se ha visto abocada, *motu proprio*, a la situación procesal actual por no haber utilizado, dentro del plazo pertinente de los dos meses, el recurso Contencioso-Administrativo que podía haber interpuesto contra la resolución del TEAR de Andalucía en Granada, y, por el contrario, haber promovido, cuando esa resolución era ya firme, dentro del plazo excepcional de los cuatro años.

Debe subrayarse, asimismo, la autoridad portuaria no goza de una autonomía suficiente como para discutir en sede jurisdiccional las decisiones de la entidad territorial o institucional de tutela o supremacía (Ministerio de Economía y Hacienda y E.P.E. Puertos del Estado), pues las primeras son entes institucionales derivados o de segundo orden. Para el Tribunal, aun cuando se admitiese que la recurrente goza de la suficiente legitimación para promover el cuestionado recurso extraordinario de revisión y, en consecuencia, con la posible estimación del motivo impugnatorio aducido y de la consecuente anulación de las resoluciones del TEAC y de la sentencia del Tribunal a quo, se está, en este caso, ante un tributo y, en concreto, ante una tasa y no ante un precio privado, pues el artículo 31.3 de la CE, lo que determina su sometimiento al principio constitucional de la

«reserva de Ley». Pues bien, la Sala entiende que los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre (RCL 1992, 2496, 2660) , de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, puedan vulnerar el artículo 31.3 de la Constitución, porque en la prestación de los servicios portuarios considera que concurren de forma cumulativa las siguientes circunstancias: Primera. Los servicios portuarios son objetivamente indispensables para el desarrollo y realización de las actividades industriales y comerciales de las empresas y para el libre movimiento de las personas. Estos servicios no son, pues, de solicitud voluntaria para los administrados, tal como entiende la Sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional esta circunstancia. Segunda. Los servicios portuarios son prestados exclusivamente por los Entes públicos «Autoridades Portuarias», y no por el sector privado, y se da, por tanto, un monopolio de hecho y también de derecho. Esta Sala entiende que, si, en efecto, se dan en la realidad estas circunstancias, las retribuciones por la prestación de los servicios portuarios no pueden, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, ser precios privados, sino prestaciones patrimoniales de carácter público.

Así, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de Almería, dada la ausencia de autonomía suficiente para discutir en sede jurisdiccional las decisiones de la entidad territorial o institucional de tutela o supremacía.

2. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. MOTIVOS: PRESCINDIR ABSOLUTAMENTE DEL PROCEDIMIENTO.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Gijón de 27 de junio de 2006

La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Consejería de Economía y Administración Pública de Asturias, argumentando que es improcedente la inadmisión porque la legislación únicamente permite tal conclusión en los casos que carezcan manifiestamente de fundamento y en el caso en cuestión, a juicio del recurrente, en el caso en cuestión en relación con el IBI, se exige un procedimiento de derivación de responsabilidad que le causa indefensión al interesado.

El recurrente invoca el art. 217.1 a) LGT que recoge como supuesto de actos nulos de pleno derecho los que lesionen los derechos y liberta-

des susceptibles de amparo constitucional y el apartado e) correspondiente a los actos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contengan las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

A este respecto, señala el Tribunal la no existencia de omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. La Administración ha seguido un procedimiento (art. 78 LGT), que resulta aplicable –no otro distinto-. La cuestión que plantea el recurrente estriba en la infracción u omisión de trámites del procedimiento elegido, esto es, una interpretación jurídica que pudo haber impugnado al notificársele la resolución. Así, se concluye que “no cabe hablar de acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, son de un acto dictado siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 78 de la LGT para la ejecución del derecho de hipoteca legal tácita” (FJ. 3º).

3. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. DERECHO DE SOLICITUD, PRESCRIPCIÓN.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2006

En este asunto el contribuyente presenta en 1999 una declaración complementaria de la declaración del IRPF 1990, en la que solicita una devolución de ingresos indebidos como consecuencia de que poco antes se había dictado sentencia judicial que confirmaba el acto de la Administración en el cual se consideraba que a una sociedad en la que participaba le era aplicable el régimen de transparencia fiscal.

A juicio de la Audiencia, fundándose en el principio de ejecutividad de los actos administrativos, debe considerarse prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos porque no ha habido ninguna actuación del contribuyente tendente a la modificación o liquidación del IRPF 1990 hasta el año 1999. Y añade que “el transcurso de dicho plazo corre tanto a favor como en perjuicio, independientemente de lo que hubiera ocurrido en relación con la cuestión de la declaración sobre la procedencia o no de la aplicación del régimen de transparencia fiscal a la citada entidad; de forma que si hubiera sido en contra de los intereses del socio de la citada sociedad, tampoco le hubiera afectado por estos mismos argumentos” (FJ. 3º).

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. INCREMENTO DE PATRIMONIO DERIVADO DE LA DONACIÓN DE ACCIONES PIGNORADAS EN LA QUE EL DONATARIO SE SUBROGA EN LA DEUDA GARANTIZADA. NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO DE CARÁCTER MIXTO.

Sentencia de 25 de octubre y 8 de noviembre de 2006 del Tribunal Supremo. Recurso de casación.

El tema de fondo versa sobre el tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1989, de los incrementos de patrimonio derivados de donaciones de acciones pignoradas, en las que el donatario se subroga en la deuda garantizada, y, más concretamente, sobre el tipo de gravamen aplicable, pues hasta la Ley 18/1991, de 6 de junio, no se produjo la unificación del tipo para todos los incrementos de patrimonio. Mientras que para el donante, el incremento de patrimonio derivado de la donación, con o sin cargas, es lucrativo, de la misma manera que para el causante de un legado el incremento de patrimonio es todo él lucrativo, aunque al legatario se le impongan cargas, por lo que procede, a su juicio, la aplicación del tipo del 20 %; por el contrario, el criterio de la Administración, confirmado por el TEAC, es distinto, al entender que las donaciones con subrogación de deudas generan dos tipos de incrementos, uno lucrativo, sometido al tipo especial del 20 %, constituido por el tramo del incremento comprendido entre el importe del préstamo subrogado y el valor de las acciones donadas, y otro oneroso, sometido al tipo de tarifa, sobre el tramo comprendido por la diferencia entre el coste de adquisición de las acciones donadas y el préstamo.

Pues bien, la Sala parte de la definición del art. 20, apartado 1, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, aplicable al caso de autos, señalando que contiene un amplio repertorio de casos posibles de alteración patrimonial, desarrollado todavía más en el , cuyo art. 77 expone una relación no exhaustiva de casos de alteraciones patrimoniales. Por su parte el apartado 3 del citado art. 20 de la Ley 44/1978, en la redacción dada por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, establecía que «son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa. Esta disposición no será aplicable cuando la transmisión se produzca por causa de muerte y respecto de las personas incluidas en la unidad familiar a la que pertenecía el causante», considerando como incremento, el

apartado 4, tanto en el supuesto de enajenación onerosa como en el de la lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y enajenación de los elementos patrimoniales.

En cuanto al modo de computar las diferencias de valores, en las transmisiones lucrativas, al no existir contraprestación que valorar, se considera como valor de enajenación el que se determina a los efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (apartado 7 del art. 20 de la Ley).

Pues bien, después de estar a su régimen jurídico, la Sala afirma que en este caso, se trata de una donación de acciones pignoras en garantía de un préstamo e inserta en un conjunto de negocios jurídicos orientados a la definitiva transmisión onerosa de aquéllas. Finalidad esta que ni siquiera se oculta sino que, quizás, se pretende lograr a través de lo que se da en denominar «economía de opción»; esto es, aprovechando lo que el recurrente podía entender como una legítima posibilidad para obtener el deseado resultado con el menor coste fiscal. Economía de opción de calado diverso al fraude de ley del art. 24 de la LGT de 1963 en el que se busca eludir el pago del tributo u obtener ventajas económicas por medio de una anomalía en relación con el fin perseguido por las partes y utilizando normalmente la técnica de un negocio simulado.

Así las cosas, el Tribunal afirma que los contribuyentes pueden elegir, entre las varias posibilidades que ofrece la Ley la más ventajosa a sus intereses, siempre que no vulnere la normativa aplicable. Así, en el proceso examinado, la cuestión pudiera haber sido, más bien, discernir si el conjunto de operaciones contemplado era constitutivo de un negocio jurídico simulado, en el que la causa no era la liberalidad sino realmente la de producir la definitiva transmisión onerosa de las acciones. Pero ocurre, sin embargo, que el criterio de la Administración, al revisar la legalidad de la actuación sin incurrir en una «reformatio in peius», no va más allá de determinar la verdadera naturaleza de la donación examinada, en la que la donataria, precisamente madre del donante, asume y se subroga en la deuda garantizada mediante la prenda y en ella cabe apreciar, desde el punto de vista jurídico, un negocio mixto. Una donación con causa onerosa, que, conforme a la adecuada interpretación del art. 622 del , se rige por las reglas de los contratos, y por las reglas de las donaciones sólo en lo que realmente excedan del valor del gravamen impuesto. Se trata, en definitiva, de un «negotium mixtum cum donatione», que contiene un negocio oneroso.

Por consiguiente, la Sala concluye estimando que “se ajustan a Derecho la sentencia de instancia y la resolución del TEAC cuando, par-

tiendo del art. 25 LGT de 1963, consideran que un negocio es oneroso en la medida que resulten prestaciones equivalentes para ambas partes y lucrativo cuando, respondiendo a la mera liberalidad del donante, la ventaja o utilidad que resulta para el donatario no tiene contraprestación de éste. Y no se comparte la tesis del recurrente de que, a efectos del Derecho tributario, no puedan admitirse efectos mixtos, onerosos y lucrativos, de un determinado negocio cuando unos y otros respondan a su verdadera naturaleza jurídica. En el presente caso, en la donación onerosa que se contempla, aun prescindiendo de su consideración como elemento de un negocio jurídico complejo e indirecto con causa distinta a la de la mera liberalidad, y partiendo del criterio de la Administración, que es obligatorio cuando se revisa jurisdiccionalmente su actuación, sería jurídicamente erróneo considerar como realmente donado el valor íntegro de las acciones sin tener en cuenta el importe de la deuda asumida. Ello supondría ignorar, precisamente, lo que de oneroso tenía ya el negocio jurídico en sí mismo considerado. Por consiguiente, el incremento patrimonial de que se trata se puso de manifiesto con motivo de una transmisión mixta que fue a la vez lucrativa, en cuanto al exceso, y onerosa en cuanto a la concurrencia de prestaciones derivada de la asunción de la deuda. Y si esta era la verdadera naturaleza jurídica y económica, lo procedente, conforme al art. 25 de la LGT de 1963, era la liquidación separada del incremento patrimonial en los términos en que entendió la Administración; esto es: oneroso por la diferencia entre el valor de la contraprestación asumida por el donatario, o sea, el importe a que ascendía el préstamo en el que se subrogaba, y el coste de adquisición de los títulos, y lucrativo referido a la diferencia entre el importe del préstamo y el valor de los títulos” (FJ. 4º).

2. INDIVIDUALIZACIÓN DE RENDIMIENTOS. RENDIMIENTOS EN EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de octubre de 2006

La cuestión que se le planteaba en la reclamación consistía en determinar la procedencia o no de imputar por mitad a cada uno de los cónyuges integrantes de la unidad familiar el rendimiento obtenido, así como las deducciones y retenciones practicadas a determinadas sociedades de profesionales en régimen de transparencia fiscal, previa cuantificación de los mismos.

El acuerdo recurrido, con referencia a determinadas sentencia del Tribunal Supremo, señala que el régimen fiscal de transparencia fiscal

no constituye una forma de tributación en el IRPF, ni de disminución de su onerosidad, ni siquiera una forma de atribución de rentas, como sucede en las sociedades civiles, comunidades de bienes y en general entidades impersonales, dado que partiría de la existencia de una sociedad, hasta el punto de que la sociedad transparente debe cumplir las reglas materiales, determinación del beneficio y pago de la cuota, y formales de contabilidad, declaraciones etc., del impuesto sobre sociedades, e incluso se reconocen a dichas sociedades los beneficios aplicables a dicho impuesto, aunque para paliar en lo posible los supuestos de falta de entidad o realidad económica de dicha sociedad, el legislador pretende salir al paso de la elusión impositiva que supondría dejar de tributar por el impuesto de sociedades y por ello imputa las bases imponibles positivas y los beneficios de la sociedad a los socios, a efectos de que formen parte de la base impositiva del IRPF de cada uno de ellos.

En relación con el debate vinculado al régimen económico matrimonial de gananciales del recurrente y su esposa, y la titularidad compartida, los argumentos que se incorporan a la demanda no pueden ser acogidos, pudiendo hacer referencia a la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª de 2 febrero 2002 en la que se llega a razonar que el legislador introdujera una norma especial en la Ley 19/1991 ello era indicativo de que, bajo la vigencia de la Ley 20/1989, los rendimientos eran divisibles por mitades.

En definitiva, la Sala, con base en un sentencia de 1999, considera que “el régimen de transparencia fiscal no constituye una forma de tributación en el Impuesto sobre la Renta, ni de disminución de su onerosidad, ni es siquiera una forma de atribución de rentas, como sucede en las sociedades civiles, comunidades de bienes y, en general, entidades sin personalidad. Parte, por el contrario, de la existencia de una sociedad, hasta el punto de que la sociedad transparente debe cumplir las reglas materiales -determinación del beneficio y pago de la cuota- y formales -contabilidad, declaraciones, etc.- del Impuesto sobre Sociedades e incluso se reconocen a dicha sociedad los beneficios aplicables a este último Impuesto. Lo que sucede es que, para paliar en lo posible supuestos de falta de entidad o realidad económica de dicha sociedad, el legislador pretende salir al paso de la elusión impositiva que supondría dejarla tributar por Impuesto de Sociedades y, por ello, imputa las bases imponibles -hoy sólo las positivas- y los beneficios de la sociedad a los socios, a efectos de que formen parte de la base impositiva del IRPF de cada uno de ellos. Pero como la determinación de las bases se hace en las sociedades transparentes con arreglo a su verdadera naturaleza de sociedades y con arreglo a las normas del Impuesto a ellas aplicable, no

es lógico, ni desde luego responde al sistema legal, hacer ajustes, que debieron practicarse en las respectivas sociedades, que puedan tener significación de gasto deducible en otro Impuesto, el de la Renta de las Personas Físicas, en que, además, existía una lógica previsión reglamentaria en contra de su posible consideración como rendimiento del capital mobiliario “.

Todo ello le lleva a concluir que en el caso de rendimientos obtenidos por una sociedad de profesionales en régimen de transparencia fiscal, en la que sólo uno de los cónyuges es socio, procede la imputación de la totalidad de los rendimientos al cónyuge que ostenta la condición de socio. Esa conclusión ya se alcanzó por la sala en las previas sentencias a las que nos hemos referido. Por ello aquí ratificamos la procedencia de imputar exclusivamente al hoy demandante las bases de la sociedad en régimen de transparencia fiscal, al rechazar la imputación que pretende por mitad con su esposa, por cuanto que se está ante un matrimonio bajo el régimen de gananciales; debate en relación con la esposa y ejercicio del 2000 tratado en el recurso 2737/03 al que antes nos referíamos.... En relación con ello sólo cabe ratificar las conclusiones que se extraen en el acuerdo del TEAF recurrido, y a los argumentos complementarios que al respecto incorpora la Diputación Foral en su contestación, para rechazar las pretensiones básicas del recurrente vinculadas a la declaración compartida o con partes iguales con su esposa, en relación con los intereses económicos derivados de las sociedades en transparencia fiscal” (FJ.6º) .

3. REDUCCIONES POR PERÍODO DE GENERACIÓN. RENDIMIENTOS CON PERÍODO DE GENERACIÓN SUPERIOR A DOS AÑOS O PERCIBIDOS DE FORMA IRREGULAR EN EL TIEMPO. CANTIDADES PERCIBIDAS MENSUALMENTE EN VIRTUD DE CONTRATO DE PREJUBILACIÓN. CÁLCULO DE LAS RENTAS A PERCIBIR EN FUNCIÓN DEL SALARIO REGULADOR EN EL MOMENTO DE LA BAJA. PERÍODO DE GENERACIÓN INEXISTENTE. PERCEPCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE FORMA REGULAR Y PERIÓDICA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2006 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 22 de septiembre de 2006

El problema que resuelven en el presente recurso las Salas respectivas es si de conformidad con la tesis de la demanda, que trata de hacer valer una solicitud de devolución de ingresos indebidos y rectificación

de una autoliquidación por el IRPF del ejercicio 1999, la cantidad percibida por el contribuyente a cargo de la Cía Aseguradora en cumplimiento del convenio de prejubilación suscrito con la empresa para la que prestaba sus servicios - TELEFONICA - debe integrarse en la base imponible del impuesto como rendimiento del trabajo sujeto a la reducción del 30 % por tratarse de un rendimiento irregular o, por el contrario, procede confirmar el criterio de la Oficina Gestora y del TEAR de Castilla-La Mancha, así como el de Castilla-León que consideraron que dichos rendimientos tenían una naturaleza regular y consecuentemente debían computarse en su totalidad de acuerdo con el principio general aplicable fijado en el artículo 17. 2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, norma aplicable al estar ya en vigor en el ejercicio o período de tiempo discutido.

Pues con dicho argumento y con base en la Sentencia de 20 de mayo de 2003, en el Fundamento Jurídico 2º, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha recuerda en primer lugar que debe entenderse por rendimientos irregulares, para después determinar si la renta de que se trata puede tener tal calificación.

Así las cosas, “a juicio de esta Sala se trata de una prestación a cargo de la empresa, convenida para compensar el cese de la relación laboral o baja voluntaria del trabajador, de manera que viene a sustituir durante el tiempo que media entre el cese y el cumplimiento de la edad de jubilación la prestación salarial, anticipando el pago de las prestaciones por jubilación voluntaria (pensiones) una vez que se alcance la edad en que convencional y legalmente es posible. Constituyendo el conjunto de previsiones que determinan la cuantía de este tipo de prestaciones un incentivo para el cese voluntario de relaciones laborales de personal fijo de empresas que desean por lo general adecuar la estructura de sus plantillas. Por otro lado, su calculo como hemos visto se efectúa partiendo del último salario percibido por el trabajador o empleado o lo que es lo mismo sobre la base de la retribución bruta fija que el empleado perciba en el momento de la baja, y se satisface en forma de renta mensual, esto es, en períodos mensuales sucesivos hasta el cumplimiento de la edad de 60 años Cumple por tanto la compensación una función semejante al salario o mejor, como el trabajador cesa en la prestación de servicios activos, cumple una función equivalente a los haberes pasivos o sistemas alternativos, percepciones que como es sabido en la regulación del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas siempre han tenido el tratamiento de rendimientos del trabajo de carácter regular y tributan a medida que van devengándose dentro del período impositivo, sin que

pueda sostenerse que se trata también de rendimientos irregulares porque la causa última de su prestación resida en sistemas de previsión social que se han ido articulando a lo largo de un número de años en servicio activo del trabajador o personal en cuestión. Por ello la naturaleza y función de este tipo de compensaciones hace aconsejable que se contemplen en el impuesto del mismo modo que las rentas o rendimientos cuya función vienen materialmente a sustituir para incentivar la baja laboral de sus perceptores, debiendo rechazar que el principio de progresividad del impuesto exija el trato de esta clase de rendimientos como rendimientos irregulares. De lo contrario se produciría una situación injusta y discriminatoria ante el distinto trato fiscal de percepciones con funciones equiparables, carente de justificación objetiva y razonable, y contraria al derecho constitucional consagrado por el artículo 14 de la C.E. Partiendo pues de la caracterización de estas prestaciones, debe rechazarse ante todo que se trate de rendimientos generados en un período de generación anterior, pues lo que determina su reconocimiento y abono no son los años de servicio o antigüedad en la empresa que en ningún caso consta que se hubiera computado a efectos de calcular el importe a percibir, sino la celebración de un convenio voluntario entre la empresa y el empleado, del que derivan entre otras obligaciones la del pago de dicha compensación a cambio de la extinción de la relación laboral” (FJ. 2º).

En definitiva, como ha puesto de manifiesto la Dirección General de Tributos en varias contestaciones -entre otras, de 20 octubre 1999 y 28 abril 2000- cuyas consideraciones comparte el Tribunal de Justicia de Castilla-León-, “debe rechazarse la existencia de un período de generación, pues aunque la antigüedad en la empresa se hubiera computado a efectos de calcular los importes mensuales que percibirán los trabajadores prejubilados, se trata de un acuerdo consensuado entre la entidad de crédito y cada trabajador del que surgen, en ese momento, obligaciones económicas a cargo de dicha entidad, a cambio de la extinción de la relación laboral, y los correspondientes derechos del empleado. En definitiva, los derechos económicos derivados de la extinción de la relación laboral pactada de mutuo acuerdo no se han ido consolidando durante el tiempo que duró la relación laboral, sino que nacen ex novo a raíz del acuerdo realizado entre las partes para llevar a cabo dicha extinción». Consecuentemente, hemos de concluir que no estamos ante rendimientos que tienen un período de generación superior a dos años y que no se obtienen de forma periódica o recurrente, en los términos exigidos en el artículo 17.2.a) de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por lo que no procede la reducción pretendida para tal supuesto” (FJ. 4º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. IMPUTACIÓN TEMPORAL.

Resolución de la Dirección General de Tributos de 4 de diciembre de 2006

La presente contestación se realiza partiendo de la hipótesis de que la consultante adquiere un montante en dólares consecuencia de un contrato de préstamo y asume la obligación en todo caso de devolver ese mismo montante en euros en los plazos establecidos en el contrato, cualquiera que sea el momento de utilización de esta financiación así como que entre los prestamistas personas físicas y la consultante no exista vinculación, ya que en caso contrario resultaría de aplicación lo dispuesto en los artículos 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Con base en lo dispuesto en los arts. 10, 19 y 133 del TRLIS, se determina que “de acuerdo con la operación planteada, en el momento de formalizar el préstamo, la entidad consultante recibe moneda extranjera que se incorporará a su patrimonio aplicando el tipo de cambio vigente en esa fecha, asumiendo una deuda equivalente a un euro por cada dólar recibido, siendo la diferencia entre ambos valores el gasto financiero de la operación, que deberá imputarse temporalmente a resultados durante el plazo convenido de devolución del préstamo, sin perjuicio de la posible diferencia de cambio, positiva o negativa, que pudiera producirse en la fecha de conversión material de la moneda extranjera recibida”.

2. BASE IMPONIBLE: PARTIDAS DEDUCIBLES. GASTOS NECESARIOS. PROVISIONES. DOTACIÓN A LA PROVISIÓN POR TASAS SANITARIAS. DEDUCCIÓN IMPROCEDENTE.

Resolución del Tribunal Económico-Central de 1 de junio de 2006

Las cuestión planteada por el presente expediente es la relativa al incremento de base imponible de los ejercicios 1995 y 1997 por el concepto de «Dotación Provisión Tasas sanitarias, estimando la Administración que no será deducible al no tratarse de una de las provisiones contempladas en el artículo 116-1 del RIS de 1982, ni poder calificarse de provisión para responsabilidades conforme al artículo 84-1 del citado texto reglamentario. Asimismo, la Inspección considera que, al no haberse producido la repercusión de la tasa al destinatario de los servicios, ni su ingreso en la Hacienda Autónoma, tampoco es

gasto deducible según el artículo 13 de la Ley 61/1978, y el artículo 13 de la Ley 43/1995.

Sin embargo, la entidad interesada considera que las controvertidas dotaciones a la «Provisión de Tasas sanitarias» son fiscalmente deducibles por tratarse de una provisión para responsabilidades.

Pues bien, en el supuesto examinado, las controvertidas dotaciones se efectuaron para la provisión de «Tasas sanitarias», por lo que, para determinar si concurren o no los requisitos exigidos para su deducibilidad, es necesario examinar la normativa reguladora de la tasa de que se trata. De ello la Sala deduce que “no concurren los requisitos exigidos por el invocado artículo 84 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 para la deducibilidad de la controvertida dotación a la provisión por tasas sanitarias, ya que no existe duda o incertidumbre su procedencia, pues se devenga por la prestación de los servicios señalados por la invocada Ley 1/1992, y hasta ese momento no puede hablarse de la existencia de ningún «pago pendiente», ni sobre su cuantía, al estar ésta fijada por la norma legal citada que, además, establece un sistema de autoliquidación obligatorio de las mismas que ha sido incumplido por la recurrente, según alega ésta” (FJ. 2º).

3. OPERACIONES VINCULADAS. ESPECIALIDAD EN LA VALORACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS. EFECTOS JURÍDICOS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2007

La entidad recurrente entiende que en este punto la Sentencia objeto del presente recurso de casación infringe el ordenamiento jurídico y, en concreto, el art. 16.3 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que dispone lo siguiente: «cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes». Como dice la parte recurrente, dicho precepto fue introducido con el objeto de evitar los resultados perniciosos que para la Hacienda podía suponer la utilización abusiva de los denominados precios de transferencia. Es decir, de aquellos precios fijados en las operaciones realizadas entre empresas vinculadas, superiores o inferiores, a los que serían fijados por partes independientes en el mercado. De este modo se establecía una regla especial de valoración aplicable en principio a los supuestos en los que las operaciones fuesen realizadas entre entidades vinculadas.

Se trata, pues, de determinar, como decía la resolución del TEAC, si la Entidad interesada, al operar con otra sociedad del Grupo, utilizó precios de transferencia o, lo que es lo mismo, precios distintos a los que se hubiesen pactado entre sociedades independientes.

Como afirma la Sala, en términos generales, existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquél que sería acordado entre dos sociedades independientes. La finalidad primordial de los precios de transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi-permanente de pérdidas de manera que éstas absorban la totalidad o la mayor parte de aquéllos. Este traslado de beneficios mediante los precios de transferencia se realiza, igualmente, entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales con el fin de colocar los beneficios en los países de menor nivel impositivo. Los trasvases de beneficios hacia estos países habían alcanzado tales dimensiones que el Comité de Asuntos Fiscales de la O. C.D.E. ya recomendó, en 1979, a los Gobiernos de los Estados miembros «Invitar a sus Administraciones Fiscales, cuando examinen y, en caso necesario, ajusten los precios de transferencia practicados entre empresas asociadas para calcular sus beneficios impositivos, a tener en cuenta las consideraciones y métodos expuestos en el informe elaborado por el Comité, con vistas a llegar a precios de libre concurrencia para las mercancías, la tecnología y los servicios que se intercambian entre empresas asociadas o para los préstamos entre ellas» (Rapport du Comité des Affaires Fiscales de la O. C.D.E., 1979). Según este Informe, para concretar si un determinado precio de transferencia se ajustaba al principio de precio de libre concurrencia era necesario comparar aquél con el precio fijado en operaciones similares realizadas entre entidades independientes.

Ciertamente que la fijación de un precio de mercado, con el que poder comparar el posible precio de transferencia, es tarea harto difícil dado que, a veces, las transacciones entre sociedades vinculadas son tan peculiares que no existe un mercado claramente definido de las mismas en el ámbito de las empresas independientes; no obstante, para concretar un precio de mercado, a los efectos que aquí interesan, son necesarias las siguientes premisas: 1^a. Hay que tomar como referencia el mismo mercado en términos geográficos, dado que en la fijación de los precios intervienen no sólo la oferta y la demanda que del producto

contemplado pueda existir (si la oferta aumenta el precio tiende a bajar y viceversa, si la demanda aumenta el precio tiende a subir y viceversa), sino que también influyen otros factores de muy variada índole como puede ser el nivel de renta per cápita, el grado de desarrollo económico, el régimen político, la situación de monopolio u oligopolio en que se suministre el producto en cuestión, etc.; la concurrencia de todo ello determina la formación de un precio para un producto en el país de que se trate, precio que, en la gran mayoría de los casos, será diferente del que exista en los demás países para el mismo producto; 2^a. Las operaciones que se comparan han de referirse a una mercancía igual o similar; 3^a. Las transacciones comparadas tienen que tener un volumen equivalente, dado que el precio de un bien está en función del número de operaciones que del mismo se realicen, generalmente, en un mayor volumen de operaciones el precio será inferior al que se fije para una operación aislada; 4^a. El tramo en el que se realicen las operaciones comparadas ha de ser el mismo pues los precios varían según que la transacción se haya efectuado entre fabricante y mayorista, mayorista y minorista, o minorista y consumidor final; y 5^a. Por último, las operaciones comparadas han de ser realizadas en el mismo período de tiempo.

Para salvar los problemas existentes en orden a fijar un precio de mercado, y siguiendo el Informe de la O.C.D.E., se han propuesto dos métodos alternativos: A) Método del precio de reventa, el precio de reventa: es el precio al que el comprador de la mercancía vende ésta a la clientela independiente; de este precio de reventa se deduce un margen adecuado y la diferencia será el precio de plena concurrencia del vendedor inicial; y B) Método del coste incrementado: en este sistema se parte del precio de coste de la mercancía para el vendedor y se le añade un margen de beneficio idóneo, siendo la suma resultante el precio de plena concurrencia. Estos métodos, como puede apreciarse, trasladan el problema de establecer un precio de mercado, que sirva de referencia, al de calcular un margen de beneficio adecuado.

Dentro del sistema tributario español, la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, disponía en su art. 16.1 y 3 que: «Los ingresos y gastos se computarán por sus valores contables, siempre que la contabilidad refleje en todo momento la verdadera situación patrimonial de la Sociedad. No obstante, cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre Sociedades independientes», expresándose prácticamente en los mismos términos los arts. 38 y 39 del . Consiguientemente,

una vez que ha sido probada la vinculación entre dos sociedades será necesario demostrar que la operación u operaciones realizadas entre aquéllas lo han sido por un precio distinto al de mercado, dado que la vinculación entre dos o más entidades no implica, automáticamente, la presunción de que en sus transacciones estén utilizando precios diferentes a los de mercado.

Una vez probada la existencia de precios distintos, habrá que valorar las operaciones vinculadas a precio de mercado; en el caso de que aquéllas sean similares a otras que se efectúen en el mismo mercado entre entidades independientes, la valoración no supondrá ningún problema; sin embargo, cuando ello no ocurra, tendrán que utilizarse otros sistemas para realizar la referida valoración; en este sentido, el art. 169.1 del Reglamento de 1982 decía que «en los casos a que se refieren las letras a) (Valoración de operaciones vinculadas), b), c) y d) del apartado 1 del artículo precedente, serían de aplicación, entre otros, a elección de la Administración, alguno o varios de los métodos que enumeraba. Esta enumeración tenía carácter meramente enunciativo lo que implicaba que se pudieran utilizar métodos no contenidos en la misma; ahora bien, sea cual fuere el sistema que se fuera a emplear para la fijación del «precio de mercado», era necesario que, en la medida de lo posible, concudiesen los requisitos descritos más arriba.

En el presente caso, «X. S.A.», en el ejercicio comprobado, efectuó, a una sociedad del Grupo residente en Suiza, compras de principios activos para la elaboración de sus productos farmacéuticos. Parte de los principios activos adquiridos no eran vendidos en exclusiva por aquélla, mientras que respecto de los restantes la Entidad vendedora detentaba la exclusividad de su venta.

En relación con los principios activos que la sociedad suiza no vende en exclusiva, la Inspección entendió que se estaban utilizando precios de transferencia por lo que, en aplicación del art. 16 de la Ley 61/1978, se procedió a valorar las operaciones a precio de mercado, concretándose éste en base a los datos aportados por distintos laboratorios españoles que habían adquirido los mismos principios. Este proceder de la Inspección, confirmado por el TEAC y por el Tribunal de instancia, ha de estimarse totalmente correcto ya que ha quedado plenamente demostrado por aquélla, a juicio de la sentencia recurrida, la identidad entre los principios adquiridos por la recurrente y los adquiridos por otros laboratorios españoles, así como las diferencias en los precios entre unas y otras adquisiciones que, al existir una identidad de producto, no resultan justificadas.

En cambio, respecto a los principios activos que la Sociedad suiza vende en exclusiva, la Inspección, para calcular el precio de mercado, aplicó el mismo porcentaje de exceso existente en la adquisición de los principios activos que aquella no vende en exclusiva, resultando, consiguientemente, el mismo margen de venta, en la Sociedad vendedora, para todos los principios activos, los vendiese o no en exclusiva. Este criterio fue desautorizado por el TEAC dado que una entidad no tiene un margen único para todos los productos que vende, sino que aquél resulta de la concurrencia de una serie de factores como la mayor o menor aceptación del producto, el detentar o no la exclusiva en la venta del mismo, el volumen de ventas, etc.; en definitiva, que el margen de venta de un producto no puede ser trasladado a otro por el simple hecho de que ambos sean comercializados por la misma entidad. En consecuencia, el TEAC dejó sin efecto el incremento de base imponible que, por tal concepto, efectuó la Inspección.

Pues bien, la Sala con base en la Sentencia de 14 de febrero de 2006, a propósito de problema muy similar planteado por la misma entidad recurrente, estima que “la transcendencia jurídica que tiene la regulación del art. 16.3 de la LIS, así como la concurrencia de los presupuestos a que se condiciona su aplicación, es la de que invierte la carga de la prueba. Es el recurrente quién ha de acreditar que el precio de mercado fijado por la Administración en aplicación de los criterios establecidos en el art. 169 del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982 y complementarios es erróneo. Por eso, es sustancialmente correcto el razonamiento que al respecto formula la Audiencia Nacional cuando afirma: «La Sala entiende que la Administración, en relación con dichos productos, ha aplicado correctamente el criterio legal sobre valoración de los «precios de transferencia», partiendo para ello de los precios de adquisición y venta de esos productos fijados entre empresas españolas. La impugnación de dicha valoración se debería centrar, en todo caso, en la improcedencia o inexactitud de los precios medios tomados por la Inspección para fijar el importe de dichas operaciones; cantidades que no se discuten, sin que, por otra parte, cobre relevancia en dicho cálculo el coste de producción de los productos valorados, al tenerse en cuenta asépticamente la finalidad del producto farmacéutico en sí y su valor en el mercado». Es decir, la entidad recurrente ha de acreditar que el precio fijado de mercado por la Administración es erróneo, siendo insuficiente para el éxito del recurso que alegue, nuevamente, las limitaciones de los criterios que al efecto establece el texto reglamentario y aquéllos a las que se remita el informe de la O.C.D.E. sobre la cuestión. Como esta actividad probatoria positiva no ha sido llevada a cabo por la entidad recurrente, que se ha limitado a alegar la inaplicabilidad e insuficiencia de los criterios reglamentarios, procede la desestimación del motivo, y, en definitiva, del recurso” (FJ. 4º).

4. GASTOS DEDUCIBLES. PARTICIPACIONES DE ADMINISTRADORES EN LOS BENEFICIOS DE LA SOCIEDAD. REQUISITOS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006. Recurso de casación para unificación de doctrina.

Se impugna, mediante este recurso de casación en unificación de doctrina, la , de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por la que se desestimó el recurso interpuesto por X, SA, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias, de 21 de noviembre de 1997, desestimatoria a su vez de la reclamación formulada por la interesada contra la liquidación que le fue girada por el Inspector Jefe Adjunto, de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Oviedo, por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio de 1991.

La única cuestión que se dilucidaba en el proceso era la relativa a la procedencia o no de admitir como gasto fiscalmente deducible la retribución que había fijado a los administradores la Junta General de accionistas, para el ejercicio de 1991, en su acuerdo de 29 de junio de 1991, consistente en el 10 % de los beneficios, retribución que no estaba incluida en los Estatutos de la Sociedad.

Pues bien, a la vista de la normativa mercantil referida, la Sala estima que “la retribución de los administradores debe ser fijada, en su caso, por los estatutos, por lo que si omiten toda referencia a la retribución ha de entenderse que el cargo es gratuito, línea que se consagra en el art. 66.1 de la , al declarar que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. Por otra parte, en los estatutos se ha de precisar el sistema de retribución, dentro de los varios que, en principio, son posibles, refiriéndose el art. 130 a una modalidad o sistema de retribución de los administradores, cual es que consista en una participación en las ganancias, cuya cuantía deberá concretarse en los mismos. Por tanto, y por lo que respecta a las sociedades anónimas, ha de concluirse que la Junta de accionistas no es competente para regular la retribución de los administradores, si nada establecen los estatutos, debiéndose aprobar la consiguiente modificación de los mismos para que el cargo sea retribuido. Además cuando la retribución se basa en una participación en los beneficios los estatutos deben determinar concretamente la participación, condicionándose la detracción a la cobertura de determinadas atenciones” (FJ.4º).

Asimismo, la Sala estima que este mismo régimen retributivo, salvo algunas especialidades rige también en la actualidad para los administradores en las sociedades de responsabilidad limitada, siendo sólo lícito cuando el sistema de retribución no consista en una participación en beneficios que la concreción de la cuantía de la remuneración para cada ejercicio se fije por la Junta General (art. 66-3 de la). Con anterioridad, sin embargo, y hasta la reforma de la , los estatutos sociales para este tipo de sociedades no estaban reconocidos en la regulación de 1953, quedando sometida la sociedad de responsabilidad limitada a los preceptos de la Ley y subsidiariamente a las disposiciones del Código de Comercio, común a toda clase de sociedades. Tampoco cabe olvidar la normativa existente en torno a las sociedades colectivas en el Código de Comercio.

No es de extrañar, pues, ante la diversidad de la legislación existente, que el legislador fiscal tuviera en cuenta las distintas situaciones que podían producirse y, por tanto, sociedades distintas de las anónimas, bien personalistas o de capital, y contemplara también la deducción cuando la participación estuviera acordada por órgano competente, ante la posible inexistencia de estatutos.

Por todo ello, el Tribunal considera que “no cabe compartir la tesis de las sentencias de contraste, que mantienen que la norma tributaria es más flexible a la hora de recoger la fuente u origen de la atribución de las participaciones en los beneficios, estimándose, en cambio, que el criterio acertado es el de la sentencia que se impugna, debiéndose concluir que cuando el sujeto pasivo es una sociedad anónima sólo es posible la deducción fiscal si la participación en los beneficios es obligatoria por precepto estatutario” (FJ. 4º).

X. NO RESIDENTES

1. CONVENIO HISPANO-FRANCÉS. PROGRAMAS INFORMÁTICOS. CÁNONES.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006

Este pronunciamiento nos recuerda que «el concepto de canon no se definió en el ordenamiento fiscal español hasta la Ley 46/2002, que modificó el art. 12 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, para introducir una definición inspirada en las contenidas en los Convenios de Doble Imposición». Destaca el Supremo que

«en particular, tienen esa consideración las cantidades pagadas por el uso o la concesión de uso de los derechos amparados por el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual». Y pone de manifiesto a continuación que «la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, introdujo determinadas modificaciones, como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, debiendo estarse en la actualidad al art. 13 del Texto Refundido 5/2004, de 5 de marzo».

En el asunto sometido al Supremo, se ha de considerar el art. 12 del Convenio hispano-francés, conforme al cual, constituyen cánones «las cantidades pagadas para el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas» (FJ. 3.º).

Por otro lado, nos recuerda la Sentencia que el Tribunal Supremo ha venido entendiendo “que los pagos por la cesión de uso de derechos sobre programas de ordenador deben configurarse como cánones, al tratarse de «obras literarias» que corresponden a su autor por el solo hecho de su creación”.

La controversia, en el asunto enjuiciado, tiene su origen en cierto contrato firmado en 1989 por Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, de un lado, y por Amadeus Marketing SARL, de otro lado. En virtud de ese contrato, esta entidad francesa realizaría para la española una serie de servicios a los que posteriormente se añadieron nuevas prestaciones. Pues bien, a juicio del Tribunal Supremo, «hay que reconocer que la contratación de servicios informáticos para el mantenimiento de una aplicación para la gestión de una base de datos de reservas aéreas, que permite incorporar el programa de vuelos de Iberia, y la disponibilidad de acceso a un sistema de información sobre distintos servicios, a pesar de la denominación dada al contrato, como de prestación de servicios, en cuanto lleva aparejada la utilización de los derechos de un programa informático, supone una cesión de uso de unos derechos de propiedad intelectual, cuya contraprestación debe ser considerada como un canon a los efectos del art. 12 del Convenio Hispano-Francés y, como tal, sometido a tributación».

2. CONVENIO HISPANO-ALEMÁN. IRPF. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2006

Constituye el núcleo del asunto enjuiciado «determinar si cabe atribuir a una entidad no residente en España la condición de responsable solidario del pago del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas correspondiente a los rendimientos obtenidos por empleados (alemanes) no residentes en España y en relación a servicios prestados en territorio español y abonados por una entidad no residente y sin establecimiento permanente en España». En el litigio sometido a la Audiencia Nacional, «Siemens AG» (no residente) paga a determinados trabajadores («diversos técnicos») desplazados a España para ejecutar y revisar ciertos encargos, y emite luego una factura a su filial española «Siemens SA», por costes de personal.

La controversia se cifra en la interpretación que ha de darse al art. 15 del Convenio de doble imposición hispano-alemán -concretamente a la letra c) de su apartado 2-. El mencionado art. 15 responde al criterio «adoptado por la mayoría de los Convenios que siguen el modelo OCDE, que prevé como regla general atribuir el derecho a gravar al Estado en cuyo territorio el trabajo se ejerce». El art. 15.2 establece como excepción a la sujeción de las rentas en el Estado en que se realizan los trabajos, los empleos en que se den las siguientes tres circunstancias: a) la permanencia en el Estado en que se realiza el trabajo no supera 183 días; b) las remuneraciones se satisfacen por (o en nombre de) empleadores no residentes en el Estado en que se ejerce el empleo; y c) –reproducimos texto literal del precepto- «las remuneraciones no se soportan por un establecimiento permanente o una base fija que la persona para quien se trabaje tiene en el otro Estado». En el asunto objeto de controversia, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) interpreta que las remuneraciones satisfechas están sometidas a tributación en España; y es que «Siemens AG» ha cargado el coste de las mismas a la filial española «Siemens SA». Sin embargo, la Audiencia Nacional discrepa, pues interpreta que el término «persona para la quien se trabaje» (término éste que «el TEAC viene a equiparar con la filial española a la que finalmente se ha cargado el importe de las retribuciones») es en realidad «equivalente al empleador y en ningún caso cabe hacerlo extensivo a la filial española a la que se repercute el coste de las retribuciones». En la controversia suscitada, «la persona para quien se trabaja era la alemana SAG [“Siemens AG”], quien desplazó a los trabajadores de su plantilla».

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

I. 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.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2006

El problema de fondo que ha provocado el planteamiento de la presente causa se refiere a la sujeción al IVA, o no, 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 Sala, con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, (FJ. sexto), determina que 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 IVA, 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. Así las cosas se resuelve la cuestión de fondo sobre la base de considerar que las Oficinas Liquidadoras son verdaderos órganos administrativos de la Administración gestora del impuesto correspondiente, hasta el punto de que se considera el servicio en cuestión prestado «directamente» por dicha Administración, lo cual determina la no aplicación del IVA.

Siendo ello así, “es claro que el T.E.A.R. debió de haber inadmitido la reclamación económico-administrativa presentada por la titular de la Oficina Liquidadora, dado que es un verdadero principio general del derecho procesal administrativo el de que los órganos de una Administración no pueden interponer recursos en contra de actos dictados por ésta misma. Así se desprende del artículo 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común; de los arts. 30.2^a) y c) del , por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas; y del artículo 20 de la . Ciertamente, los titulares de tales órganos pueden

reclamar «en los casos en que inmediata y directamente se vulnere un derecho que en particular les esté reconocido» (artículo 30.2.a); sin embargo, en el caso de autos no da tal situación, pues la sujeción o no a IVA de las actuaciones de tal órgano administrativo no es cuestión que afecte personalmente al titular del mismos, sino que afecta exclusivamente a la relación del órgano mismo con las Administración a la que pertenece» (FJ. 1º).

2. BASE IMPONIBLE. SUBVENCIONES OTORGADAS POR EL FEOGA A LAS EMPRESAS FORRAJERAS EN CONCEPTO DE AYUDAS A LA PRODUCCIÓN DE FORRAJES DESECADOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de diciembre de 2006

La empresa recurrente percibió las subvenciones a la deshidratación condicionadas a la existencia de contratos homologados por el SERMA entre la industria y los productores de materia prima, es decir, adquirió por compra a los agricultores la materia prima, para su desecación y posterior venta a los consumidores (ganaderos), encuadrándose por tanto en la categoría prevista en el artículo 9-c), primer guión -excluido del régimen de subcontrata-, del citado Reglamento 603/95.

En la época en que esta Sala procedía al estudio, deliberación y fallo de los procedimientos sobre esta cuestión, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad (Luxemburgo) se estaba ventilando un pleito sobre la misma cuestión en el que recayó sentencia de 15 de julio de 2004 de cuyos apartados 36 y siguientes resulta que la subvención en cuestión no está directamente vinculada al precio de la operación sujeta al impuesto en el sentido del artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva, al no abonarse con el fin específico de que la empresa transformadora entregue forrajes desecados a un comprador, al no pretender incentivar la compra del forraje desecado a través de precios inferiores a los del mercado mundial, como se deduce del hecho de que el objeto de la ayuda es incentivar la producción dentro de la Comunidad garantizando una fuente de suministro interno de la misma calidad.

En virtud de este pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, y dada la posición institucional del mismo en el tema que nos ocupa, la Sala se ve obligada a apartarse razonadamente de sus anteriores pronunciamientos al respecto, con la consiguiente estimación del presente recurso contencioso-administrativo (FJ. 3º).

3. EXENCIONES. OPERACIONES FINANCIERAS. COMISIONES POR GESTIÓN DE COBRO DE EFECTOS FINANCIEROS.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2006

En esencia la cuestión de fondo discutida en autos consiste en determinar tratamiento de las comisiones por gestión de cobro de efectos financieros entregadas por entidades financieras que son las titulares de dichos efectos. Las tesis actoras se centran en entender que dicha operación de gestión de cobro es accesoria de la principal cual es el descuento por la entidad financiera que realiza la entrega para la gestión de cobro, y toda vez que tal descuento se encuentra exento, también debe estarlo la accesoria de gestión de cobro.

Tales planteamientos encuentran su origen en la Resolución vinculante de la Dirección de Tributos de 24 de noviembre de 1986, que entendía exenta la cesión de créditos cuando determine la transmisión de la titularidad que se producía cuando el adquirente asumía el riesgo de la insolvencia del deudor, así como la concesión de créditos mediante anticipo de fondos sobre el importe de los créditos cedidos en comisión de cobranza. Así mismo entendía no sujeta los anticipos de fondos que en realidad sean contraprestaciones de créditos adquiridos en firme con asunción de riesgo de insolvencia e igualmente los servicios de gestión de cobro de créditos propios por haber sido adquiridos a terceros. Posteriormente otra resolución de la Dirección de Tributos de 31 de julio de 2001, alteró parcialmente el planteamiento en cuanto entendió que la cesión de efectos suponía la concesión de un crédito por la entidad financiera adquirente.

Partiendo de tales premisas la recurrente entiende que la gestión de cobro de efectos propios de la entidad financiera que la encarga, es una operación accesoria que ha de estar no sujeta. Con independencia de que tal gestión de cobro pueda o no considerarse accesoria, lo cierto es que todo el planteamiento de la actora parte de la exención o no sujeción de la operación principal, pero -como estima la Sala- ello no puede sostenerse desde la sentencia de 26 de junio de 2003, dictada en el asunto C-305/2001 por el TJCE. Efectivamente, en los aspectos que nos interesan hemos de recordar la doctrina declarada por tal sentencia:

«El factoring en sentido propio (compra de créditos con asunción completa del riesgo de insolvencia de los deudores) no representa para la empresa de factoring una actividad empresarial, pues la empresa no realiza una prestación a título oneroso ni con la compra de los créditos

ni con su cobro (véase la sentencia del Bundesfinanzhof ?BFH? de 10 de diciembre de 1981 , V R 75/76, in: BFHE 134, 470; BStBl II 1982, 200)”.

“El factoring impropio se da cuando el cliente, denominado adherente [Anschlusskunde] cede efectivamente al factor sus créditos derivados de la entrega de bienes o de la prestación de servicios, pero responde totalmente en lo que respecta a la solvencia del deudor. Desde el punto de vista económico, el adherente continúa siendo el titular de los créditos. La actividad del factor en favor del adherente en los casos de factoring impropio consiste en la concesión de créditos, en el examen de la solvencia del deudor, en la gestión de las cuentas deudoras, en la elaboración de informes y de material estadístico, así como en los cobros de los créditos. Se trata por tanto de varias prestaciones principales. La concesión de créditos por parte del factor al cliente está exenta de IVA de acuerdo con el artículo 4, número 8, letra a), de la UStG 1991. Las demás prestaciones del factor están, por el contrario, sujetas al impuesto (sentencia del BFH en el BFHE 134,470; BStBl II 1982, 200)”.

Así las cosas, la cuestión se centra en determinar si la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que tales operaciones de factoring en sentido propio entran dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, de modo que el operador que las efectúe tiene derecho a deducir el IVA soportado. Pues bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende además que una prestación de servicios sólo se realiza “a título oneroso” en el sentido del artículo 2, número 1, de la Sexta Directiva y, por tanto, sólo es imponible si existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (véanse, en particular, las sentencias de 3 de marzo de 1994, Tolsma, C-16/93, Rec. p. I-743, apartado 14, y de 5 de junio de 1997, SDC, C-2/95, Rec. p. I-3017, apartado 45).

Pues bien, y como se encarga de afirmar la Sala, es preciso señalar que, en un asunto como el que es objeto del procedimiento principal, las relaciones entre el factor y su cliente se rigen por un contrato en virtud del cual se intercambian entre las partes tales prestaciones recíprocas. En efecto, por un lado, cuando, como en dicho asunto, el factor realiza el factoring en sentido propio adquiriendo los créditos de su cliente sin derecho de repetición contra éste en caso de impago, presta sin duda un servicio al cliente adherente, que consiste fundamentalmente en liberarle de las operaciones de cobro de créditos y del riesgo del

impago de éstos. Por otro lado, como contrapartida del servicio recibido, el adherente debe al factor una retribución, que corresponde a la diferencia entre el valor nominal de los créditos que aquél ha cedido al factor y el importe que éste le abona como pago de los créditos. En efecto, de los autos a disposición del Tribunal de Justicia resulta que, en el asunto principal, Factoring KG percibía, conforme a lo estipulado en el contrato celebrado con M-GmbH, una comisión de factoring del 2% y una prima de garantía del 1% del valor nominal de los créditos comprados.

El pago de esta retribución, por tanto, no resulta de la simple presencia de los créditos en el patrimonio del factor, sino que constituye la contrapartida efectiva de una actividad económica. Esta interpretación queda respaldada por el principio de neutralidad del IVA, por la sentencia de 25 de mayo de 1993, Bally (C-18/92, Rec. p. I-2871), así como por las versiones inglesa y sueca del artículo 13, parte B, letra d), número 3, in fine, de la Sexta Directiva.

Además, no existe ningún motivo válido que justifique una diferencia de trato, a efectos del IVA, entre el factoring en sentido propio y el factoring impropio, dado que, en ambos casos, el factor realiza prestaciones a título oneroso en favor del cliente y ejerce, por tanto, una actividad económica. Cualquier otra interpretación establecería distinciones arbitrarias entre estas dos categorías defactoring y cargaría sobre el operador económico afectado, en el marco de algunas de sus actividades económicas, el coste del IVA sin darle la posibilidad de deducirlo con arreglo al artículo 17 de la Sexta Directiva.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesfinanzhof mediante resolución de 17 de mayo de 2001, declara:

- “1) 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-Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, debe interpretarse en el sentido de que un operador que compra créditos asumiendo el riesgo de impago y que, como contrapartida, aplica a sus clientes una comisión, ejerce una actividad económica en el sentido de los artículos 2 y 4 de la misma Directiva, de manera que tiene la condición de sujeto pasivo y, por tanto, tiene derecho a deducción con arreglo al artículo 17 de dicha Directiva.

- 2) Una actividad económica mediante la cual un operador compra créditos asumiendo el riesgo de impago y, como contrapartida, aplica a sus clientes una comisión, constituye un “cobro de créditos”, en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 3, in fine, de la Sexta Directiva y, por tanto, está excluida de la exención prevista en esta disposición” .

De la doctrina declarada, la Audiencia Nacional determina “que las operaciones de descuento con asunción de del riesgo de insolvencia no están exentas, esto es, en nuestro supuesto de tratamiento de las comisiones por gestión de cobro de efectos financieros entregadas por entidades financieras que son las titulares de dichos efectos, es evidente que conforme a esa doctrina del TJCE, no se encuentra exenta la operación principal, la cesión del efecto a la entidad financiera, luego el argumento de la accesoriedad utilizado por la recurrente decae”. Es más, del artículo 20 Uno 18 de la Ley 37/1992 que determina las exenciones en la materia objeto de autos, interpretado de conformidad con la doctrina declarada por el TJCE, le lleva a concluir que “tanto del contenido del precepto señalado, como de tal doctrina se concluyen que las comisiones por la gestión que nos ocupa se encuentra sujeta y no exenta al Impuesto” (FJ. 2º). De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y anulación del acto impugnado, al ser no ajustados a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. EXENCIONES SUBJETIVAS. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA. COMUNIDADES DE REGANTES.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2006

El Tribunal Supremo responde al recurso de casación en interés de Ley interpuesto por la Diputación General de Aragón frente a una Sentencia del TSJ de Aragón, de 31 de marzo de 2005, que estimó el recurso interpuesto por la Comunidad de Regantes de Altorrincón (Huesca) y anuló las liquidaciones practicadas como consecuencia de la escritura pública por la que la referida Comunidad de Regantes adquiriría determinadas fincas, las agrupaba y constituía a favor de la finca agrupada una servidumbre de paso, todo ello para la construcción de un embalse para incrementar la capacidad de almacenaje de aguas de riego.

La Sentencia recurrida en casación (que cuenta con un voto particular) declaró la procedencia de apreciar la exención subjetiva contenida en el art. 45.1.A. a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –TRLITP y AJD– (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) y en el art. 88.1.A.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo). Entiende que la exención deriva no tanto del carácter de Corporación Pública que la recurrente invoca en base a lo dispuesto en el art. 74 de la Ley de Aguas, 29/1985, de 2 de agosto, ante el doble ámbito jurídico, de derecho público y privado en el que se desenvuelve, sino del análisis de la actuación de la Comunidad de Regantes que motivó el documento sujeto a gravamen. Así pues, la pretendida exención subjetiva no alcanza a las Comunidades de Regantes cuando se trate de hechos imposables en relación con la actuación u objeto distinto al específico de las mismas. Ello resulta acorde con la no sujeción reconocida respecto del IVA por el art. 7.11 de la Ley 37/1992, al declarar no sujetos al mismo “las operaciones realizadas por las Comunidades de Regantes para la ordenación y aprovechamiento de las aguas”.

El TS entiende que la solución al problema de si las Comunidades de Regantes están subjetivamente exentas del ITP y AJD dependerá de la interpretación que se mantenga respecto del alcance del concepto “Administración Institucional”, empleado por el art. 45.1.A. a) del TRLITP y AJD. En este sentido, el Tribunal efectúa en primer lugar un repaso por las distintas concepciones doctrinales y normativas relativas al significado de la expresión “Administración Institucional”, advirtiendo cómo en la actualidad, la Ley 6/1997, de 14 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (arts. 1 y 2) adopta una concepción que dejaría fuera de la Administración Institucional a la Administración Corporativa. Seguidamente, constata que ni el TRLITP y AJD ni ninguna otra norma tributaria define qué debe entenderse por Administración Institucional a los efectos de la aplicación de esta exención subjetiva. En cambio, a partir del análisis de distintos antecedentes legislativos, concluye que se hace difícil sostener una interpretación amplia del concepto de Administración Institucional, máxime cuando de acuerdo con el art. 14 de la nueva Ley General Tributaria de 18 de diciembre de 2003 (art. 23 LGT de 1963) las normas sobre exenciones no pueden interpretarse de modo extensivo. “Esto sentado, procede concluir que las Comunidades de Regantes no pueden ser calificadas como Administración Pública Institucional, al formar parte de la llamada Administración Corporativa, por lo que no les alcanza la exención subjetiva contro-

vertida. [...] Además, una interpretación restringida, que reserve la exención subjetiva a los entes públicos de base fundacional, parece dotar de sentido a la mención que se hace más adelante en el art. 45.I.A.a), en virtud de lo cual se otorga exención a «sus establecimientos de beneficencia, cultura, seguridad social, docentes o de fines científicos» (FJ 5).

Aunque el TS admite que la solución encontrada no parece resultar acorde con la no sujeción reconocida, respecto del IVA, por el art. 7.11 de la Ley 37/1992 al declarar no sujetos al mismo “las operaciones realizadas por las Comunidades de Regantes para la ordenación y aprovechamientos de las aguas”, considera que el TRLITP y AJD “es tajante al referirse sólo a las Administraciones Públicas Institucionales” (FJ 5).

Sobre la base de todo lo expuesto, el TS establece la siguiente doctrina legal: La exención del art. 45.I.A.a) del vigente TRLITP y AJD “no puede extenderse a las Comunidades de Regantes, aunque tengan el carácter de Corporaciones de Derecho Público conforme a la Ley de Aguas y realicen inversiones de interés social”.

2. OPERACIONES SOCIETARIAS. HECHO IMPONIBLE. AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE UNA EMPRESA MUNICIPAL CON APORTACIÓN NO DINERARIA DE SOLAR.

Resolución de la Dirección General de Tributos n.º V2139-06, de 24 de octubre de 2006

La entidad consultante es una empresa municipal para la promoción del suelo y la vivienda, cuyo único socio es un Ayuntamiento. El citado Ayuntamiento pretende ceder un solar de su propiedad que forma parte del patrimonio municipal a la entidad consultante. El solar se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial. La cesión se hará a través de una donación gratuita o bien por una aportación no dineraria mediante ampliación del capital de la consultante. Se solicita a la DGT el tratamiento fiscal de la operación descrita, si bien en este comentario nos centraremos en el trato fiscal de la ampliación de capital de la empresa municipal con la aportación no dineraria del solar.

En este sentido, la DGT señala que la ampliación de capital que efectúe la empresa municipal para recibir el solar que se le cede, en concepto de aportación no dineraria, estará sujeta al gravamen por la modalidad de operaciones societarias del ITP y AJD, al tipo del 1 por 100, del

que será sujeto pasivo dicha entidad, estando constituida la base imponible por el importe nominal de la ampliación, incluyendo, en su caso, la prima de emisión [arts. 19.1.1º, 23. a), 25.1 y 26 del TRLITP y AJD].

La sujeción a la modalidad de operaciones societarias impedirá la sujeción de la escritura pública en que se formalice la ampliación de capital a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, al faltar uno de los requisitos del art. 31.2 del TRLITP y AJD, pero no la posible sujeción al IVA, que no es incompatible con la citada modalidad de operaciones societarias.

3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. HECHO IMPONIBLE. ESCRITURA PÚBLICA DE FORMALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE DESAFECTACIÓN DE LOS TRASTEROS DE UN EDIFICIO DE LOS ELEMENTOS COMUNES DEL MISMO.

Resolución de la Dirección General de Tributos n.º V2514-06, de 14 de diciembre de 2006

El consultante ha adquirido a la comunidad de vecinos, junto con otros dos propietarios, una zona calificada en su momento como elemento común del inmueble y dedicada exclusivamente al uso de trasteros. La comunidad acordó desafectar dicha superficie y para inscribirla en el Registro de la Propiedad es preciso asignarle una cuota. Se ha proyectado vincular los tres trasteros a los pisos de sus adquirentes entendiéndose que la cuota asignada se subsume en la de los pisos. El referido consultante desea conocer la tributación de la operación indicada.

La DGT diferencia dos convenciones que podrían tributar separadamente en el ITP y AJD. Por una parte, la operación de desagregación de los trasteros del conjunto de elementos comunes del edificio y, por otra, la modificación de las cuotas de participación de los copropietarios en aquéllos.

En cuanto a la escritura pública en la que se formaliza la operación de desafectación de dichos trasteros de los elementos comunes del edificio para convertirlos en privativos, la sujeción a la cuota gradual de AJD, documentos notariales, dependerá de que concurren o no los cuatro requisitos siguientes: tratarse de primeras copias de escrituras y actas notariales; tener por objeto cantidad o cosa valuable; contener actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles; no estar sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a las modalida-

des de transmisiones patrimoniales onerosas u operaciones societarias del ITP y AJD. La DGT centra su atención en la presencia de los dos últimos requisitos en el supuesto concreto. A este respecto, afirma que el objeto de la escritura pública (los trasteros desafectados) es valuable, puesto que tales trasteros tienen un valor como bien independiente que, además, no tiene por qué coincidir con el que tenía previamente como parte de los elementos comunes del edificio. Por otra parte, se trata de actos inscribibles de acuerdo con el art. 8.5 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. En consecuencia, “la escritura pública en la que se formalice la operación de desafectación de los trasteros en cuestión de los elementos comunes del edificio, para convertirlos en elementos privativos, estará sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por cumplir los cuatro requisitos exigidos por el art. 31.2 del TRLITP”.

Sin embargo, por lo que se refiere a la formalización en escritura pública de la modificación de los coeficientes de propiedad horizontal del edificio, la DGT entiende que no está sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, porque no se cumple el requisito de que la escritura pública tenga por objeto cantidad o cosa valuable. De acuerdo con la doctrina establecida por este Centro Directivo en distintas contestaciones a consultas, “la escritura pública de modificación de los coeficientes de propiedad horizontal de un edificio, siempre que no se alteren las superficies de los pisos y locales que lo componen, no tiene por objeto cantidad o cosa valubles, ya que lo valuable en la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con el artículo 70.2 del Reglamento del impuesto, es el valor real del coste de la obra nueva más el valor real del terreno, y éstos no son objeto de cambio o modificación alguna por el otorgamiento de la nueva escritura”.

La transmisión de los trasteros a los propietarios estará sujeta al impuesto por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas [art. 7.1.A) del TRLIRP], siempre que la venta de los trasteros no esté sujeta al IVA o que estándolo queden exentas de dicho impuesto en los términos previstos en el art. 7.5 del TRLITP, circunstancia que no parece ser el caso.

Por último, la declaración de vinculación de los trasteros a los pisos, al no tener su origen en un acto o contrato de los establecidos en el art. 26 de la Ley Hipotecaria, no será inscribible en el Registro y no tributará por actos jurídicos documentado.

XVI. IMPUESTOS LOCALES

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. Gestión. Distinción entre gestión catastral y tributaria. La gestión tributaria empieza donde termina la gestión catastral.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007

En la presente Sentencia objeto de reseña el Tribunal Supremo desestima un recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que se desestima a su vez un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia en el que se abstiene de pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto ante el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria contra el Padrón del IBI correspondiente al ejercicio 1997.

En efecto, la recurrente, la Autoridad Portuaria de Vigo, interpuso recurso de reposición contra el Padrón del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del Ayuntamiento de Vigo, correspondiente a 1997. Entre los motivos alegados merecen ser destacados los siguientes: a) Que las liquidaciones que integraban el Padrón adolecían de graves defectos materiales (referirse a bienes derruidos, o a otros cedidos total o parcialmente a terceros mediante título administrativo, o a bienes situados fuera de la zona de servicio del Puerto de Vigo); b) Existencia de desequilibrios no justificables entre el valor catastral de unos bienes respecto a otros; c) No haberse notificado las liquidaciones correspondientes al alta; d) No haberse reconocido la exención respecto de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre.

La recurrente no recibió respuesta expresa a su recurso de reposición, por lo que interpuso, en plazo, reclamación económico administrativa ante el TEAR, que finalizó por resolución por la que se acordaba abstenerse de pronunciarse sobre el asunto por no existir acto administrativo reclamable, dado que el Padrón no era recurrible en sí, interponiéndose contra la resolución del TEAR recurso contencioso-administrativo, en el que se solicitaba, la declaración de nulidad de las liquidaciones del Impuesto correspondiente a 1997 que detallaba, por contener errores materiales; la nulidad del procedimiento por falta de notificación de las liquidaciones correspondientes al alta; la procedencia de varias exenciones; y d) Subsidiariamente, se declare sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a la Administración del Estado, como titular de los bienes que integran el dominio público marítimo terrestre.

La Sala de instancia desestimó el recurso, argumentando que no habían sido objeto de impugnación las liquidaciones, lo que constituía el necesario presupuesto para entrar a examinar la supuesta desconformidad a Derecho de las mismas; que la función del Padrón no iba precedida de liquidaciones que hubieran de notificarse al sujeto pasivo; que el padrón no contiene ninguna suerte de declaración de procedencia de exenciones; que la gestión tributaria venía atribuida, no al Centro de Gestión Catastral, sino a los Ayuntamientos, a quienes corresponden la concesión de exenciones y, finalmente, que la pretensión subsidiaria no había sido deducida ante la Gerencia Territorial.

Se interpone recurso de casación por los siguientes motivos:

1.La infracción por la sentencia recurrida de los artículos 64.a) de la Ley 39/1988, de 28 de Diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en su redacción originaria) 4.11, de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas y 14.2 y 54.1 de la Ley 27/1992, de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, por no haber reconocido la exención en la zona de servicio de los puertos de interés general del Estado.

2.Se invoca la doctrina jurisprudencial en la materia, concretamente las Sentencias de 13 de Julio de 2000 (recurso de casación 6393 y 5112/1994) y de 14 de Diciembre de 2000 (recurso de casación 3339/99), que no condicionan la exención a la concurrencia de un aprovechamiento público y gratuito.

3.La infracción del art. 64.a) en relación con el 65.d) de la Ley 39/1988, de 28 de Diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, por haberse sujetado a la Autoridad Portuaria al IBI incluso en los casos en que los terrenos están otorgados en concesión, sin tener en cuenta que el dominio público marítimo terrestre está siempre exento, en cuanto a su titularidad, mientras que si se otorga en concesión, dicho uso privativo estaría sujeto al gravamen.

Puesto que la recurrente impugnó el Padrón del Ayuntamiento de Vigo, el Tribunal Supremo considera necesario recordar lo que representa este instrumento en la gestión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y su relación con el Catastro, así manifiesta lo siguiente: “De los arts. 77.1 y 78 de la Ley 39/1988 y de su desarrollo reglamentario aprobado por el Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, podrían deducirse las siguientes características:

- a) Es un documento que ha de formarse anualmente por el Servicio Periférico del Catastro competente para cada término municipal, y que está constituido por censos comprensivos de los bienes inmuebles, sujetos pasivos y valores catastrales, separadamente para los de naturaleza rústica y urbana, según los antecedentes del Catastro, debiendo recoger las variaciones de orden físico, económico y jurídico producidas en los bienes durante el último año natural, que han de ser tramitadas y aprobadas por el Catastro.
- b) Ha de estar a disposición del público en los respectivos Ayuntamientos, por lo que resulta necesaria su pública exposición.
- c) Con base a este documento cada Ayuntamiento ha de proceder a liquidar y recaudar el Impuesto, debiendo revisar también los actos dictados en el curso de dicho procedimiento.

Quedan subsumidas, por tanto, en la gestión tributaria, que es distinta de la gestión catastral, las funciones de concesión o denegación de beneficios fiscales, determinación de la deuda tributaria, elaboración de los instrumentos cobratorios, resolución de expediente de devolución de ingresos indebidos y resolución de recursos interpuestos contra las mencionadas actuaciones.

- d) No cabe modificar el padrón sin que la variación haya sido previamente aprobada por el Catastro, por lo que los datos catastrales preceden a los incluidos en el Padrón y todos los datos de éste provienen del Catastro, cuyas actuaciones son revisables por los Tribunales Económicos-Administrativos del Estado, sin que pueda atribuirse a quien realice la liquidación vicios que sólo son imputables a la fase catastral.

Por otro lado el punto de conexión entre gestión catastral y gestión tributaria está en la determinación de la base imponible del impuesto que viene constituido por el valor catastral; dicho valor constituye el resultado de la gestión catastral y el punto de partida para la gestión tributaria; la gestión tributaria empieza, por tanto, donde termina la gestión catastral.

Sólo en aquellos casos en que no hubo notificación previa de los valores catastrales, resulta presumible la impugnación del valor catastral en el momento en que se notifica la liquidación correspondiente”.

En virtud de lo expuesto considera el Tribunal Supremo que la actora pretendió en el recurso de reposición “la rectificación de datos catastrales y el reconocimiento de exenciones; cuando el padrón en si mismo, por su finalidad, no era acto reclamable, como con todo acierto sentenció el Tribunal Económico Administrativo Regional”; por ello manifies-

ta que “Si los datos catastrales eran errores, lo procedente era acudir al Catastro para su rectificación, como en realidad consta que hizo la recurrente con independencia del recurso que interpuso contra el Padrón, pues de aceptarse la reclamación ello determina la modificación del Padrón.

Además si se pretendía alegar la falta de notificación del alta en el Registro o una exención era preciso esperar a la notificación de las liquidaciones para iniciar la impugnación ante el Ayuntamiento”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima la casación, entre otros, por los siguientes motivos:

1.”La solicitud de declaración de exención en este caso encerraba una impugnación implícita de las liquidaciones de 1997, habiéndose efectuado ante un órgano que no era competente, y en momento inoportuno, pues la impugnación debía ser presentada ante el Ayuntamiento de Vigo una vez practicadas las liquidaciones, ignorándose si fueron objeto de impugnación jurisdiccional”.

2.”La improcedencia del tributo de los inmuebles que, aunque integrados en la zona Portuaria, se encuentran sometidos a concesiones administrativas era una cuestión que tenía que plantearse previamente ante el Catastro para la oportuna decisión, todo ello al margen del Padrón, que sólo puede recoger los datos catastrales”.

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

Ángel Cuesta García de Leonardo
Profesor de Derecho Civil

ACCIÓN CIVIL BASADA EN ILÍCITO PENAL. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de junio de 2006.

El actor denunció por delito de estafa a su prestatario, que fue condenado y declarado insolvente, por lo que no ha podido ejecutarse la responsabilidad civil derivada del mismo. En el presente procedimiento civil demanda a su hija, que no fue enjuiciada en el proceso penal citado, pero no al padre: el actor entiende que la demandada se había aprovechado del beneficio del contrato de préstamo suscrito por el actor con su padre, el cual habría garantizado la devolución del importe del préstamo afectando al cumplimiento del mismo una finca de la titularidad de su hija, con pacto de que no se vendiera hasta la devolución del numerario prestado, finca que ésta posteriormente vendió. No consta la connivencia entre padre e hija, y la “enajenación <de la finca> por su legítima propietaria, no vincula ese bien inmueble a la estafa, sino que la condena por la misma lo es precisamente por afianzar con un bien que no le era propio”.

AGENCIA. INDEMNIZACIÓN POR RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de mayo de 2006.

La entidad “Representaciones Uzquiano SL” demandó a la entidad “Casa Buades SA”, interesando la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato de agencia que las ligaba.

“La sentencia apelada determina probado (...) que la actividad del demandante como agente de la demandada (...) generó nuevos clientes para la demandada (al parecer 34), y además da también por probado que la mayoría de aquellos clientes continúa haciendo pedidos a la demandada, tras la rescisión del contrato de agencia (...) que no se produjo por razón de incumplimiento por el agente de sus obligaciones contractuales. (...) La sentencia, pese a considerar estos hechos, decide

que el demandante no tiene derecho a percibir indemnización alguna por la clientela generada a la demandada (...) porque no ha probado que le haya generado ventajas calificables de “sustanciales” en los términos del art. 28 y porque no está acreditada la existencia de pacto de limitación de la competencia, requisito éste que la sentencia interpreta como necesario e ineludible para reconocer el derecho a percibir indemnización”.

Según el mencionado art. 28 de la Ley 12/92, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, el agente “tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”. La Audiencia interpreta la norma en el sentido de que “sí concurren en el presente caso todos los requisitos para que haya nacido a favor del demandante un derecho a ser indemnizado por la resolución; por un lado, “no cabe imponer al agente la carga de probar que, después de resuelto el contrato, la empresa va a continuar beneficiándose de forma relevante y sustancial de los trabajos de gestión del agente (...); se impone a la parte un plus probatorio muy dificultoso por la demostración que habría de darse de la concurrencia de beneficios futuros seguros (...); lo decisivo es la clientela nueva o incrementada <que> ha quedado integrada como fondo de comercio en la empresa demandada y ello tiene un valor económico, siendo que si además la vigencia del contrato de agencia ha durado tanto (13 años), es (...) que aportaba ventajas de cierta importancia (...); siendo en su caso carga de la demandada el acreditar que tales ventajas ni siquiera potencialmente existen o que son mínimas o irrelevantes”. Por otro lado, “no puede interpretarse que se trate el pacto de limitación de competencia <una vez extinguido el contrato y no durante el mismo, pues los perjuicios derivados del pacto se compensan con las comisiones> de un requisito ineludible para generar el derecho a indemnización, (...) <sino que> tiene que ser contemplado a los mismos efectos que la pérdida de comisiones o de otras circunstancias que hagan procedente en equidad la indemnización para evitar enriquecimientos injustos”.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. OBLIGACIÓN DE MEDIOS. PRESUNCIÓN DE DILIGENCIA DEL PROFESIONAL. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 27 de junio de 2006.

“Se ejercita por la actora acción por responsabilidad profesional frente al abogado demandado y su aseguradora, por entender que el mismo,

por su falta exigible de diligencia profesional, le perjudicó en el encargo que le realizó de gestionarle la correspondiente reclamación por despido y posterior reclamación de cantidad (...); para determinar su tiempo de antigüedad en la empresa de la que había sido despedida, no probó la existencia de sucesión de empresas, por lo que su única antigüedad reconocida se circunscribió al tiempo de su último contrato, suscrito el 6/8/02, cuando en realidad había trabajado para ese mismo empresario desde el 10/6/93”.

“La responsabilidad dañosa que se atribuye al demandado ha de evaluarse (...) en el marco de la relación contractual establecida entre letrado y cliente, calificada como de prestación de servicios, en la que la obligación comercial asumida por el letrado consiste en llevar la dirección técnica del proceso, entendida como obligación de actividad, de medios, no de resultado, pues asume exclusivamente el deber de desplegar su actividad con la debida diligencia y acorde a la *lex artis*, pero sin garantizar o comprometer el resultado de su actuación (...). Y así resulta del art. 42 del Estatuto General de la Abogacía Española, cuando contempla como obligación del abogado la del cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, atendiendo en el desempeño de esta función a las exigencias técnicas deontológicas y morales, estando sujeto a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa le ha sido encomendada (...). Se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva (...) contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba y será (...) el cliente el que deba (...) acreditar la culpabilidad, (...) probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional”.

AVAL CAMBIARIO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 19 de diciembre de 2006.

La entidad Empe SA formuló demanda de oposición cambiaria contra la ejecución despachada a instancia de la entidad Loranca SA, alegando errónea interpretación del art. 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Según este precepto: “El avalista responde de igual manera que el avalado, y no podrá oponer las excepciones personales de éste. Será válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma. Cuando el avalista pague la letra de cambio adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última”.

“Tal y como (...) se deriva del citado art. 37, el aval cambiario aparece configurado como una garantía efectiva del pago de la letra, con existencia autónoma e independiente de la obligación que garantiza (...). Por lo tanto, a diferencia de la fianza, que tiene carácter de garantía accesorio, pues no puede existir sin una obligación principal garantizada -art. 1824 CC-, el aval cambiario aparece legalmente configurado como una garantía objetiva del pago del título (...) sin que, por tanto, quepa posibilidad legal alguna de que el avalista cambiario, una vez contraída válidamente su obligación en dicho concepto, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma, al no serle aplicable el art. 1843 CC (STS de 5 de febrero de 1999)”.

“El aval cambiario se concibe hoy (...) como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra nada de su causa puede discutir; es válido el aval aunque la obligación sea nula (...); no se permite al avalista discutir la provisión de fondos (STS de 30 de septiembre de 1991). Por lo tanto, y dado el referido carácter autónomo e independiente del avalista cambiario, éste queda vinculado al pago de manera ajena a la naturaleza jurídica del negocio causal subyacente que dio origen al nacimiento de la cambial. En este contexto, tal y como también sostiene la sentencia de instancia, la excepción invocada por la ejecutada en su escrito de oposición al juicio cambiario (...) resulta inviable, ya que el avalista sólo puede oponer frente al acreedor cambiario la extinción de la obligación del “avalado” y los defectos de forma de la letra de los art. 1 y 2 de la LCCH que harían nula la obligación del avalado, y lo aquí pretendido y alegado no es la “extinción de la obligación” sino, y ello es un matiz importante, que la obligación era “inexistente”.

DERECHO AL HONOR. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 16 de mayo de 2006.

Los actores demandaron a los autores y los editores de un libro, “alegando la vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por las expresiones que constan en el libro “Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas”, en el capítulo titulado “Castilla La Mancha. Cementerio de Talavera de la Reina. Toledo”.

“La sentencia de primera instancia (...) no resuelve las cuestiones planteadas (...) aplicando la “teoría del reportaje neutral” que entiende que evita la responsabilidad de los demandados, dado que tales afirmaciones que aparecen en el libro parecen ser expuestas por una señora, Inés, que no testificó en el plenario, pero que (...) la Juez no ha podido

observar, después de la audición de la cinta magnetofónica en la que se basa lo expuesto en el libro, inexactitudes sustanciales o directamente manipuladas, mutilaciones tendenciosas, desvíos graves en su objetividad con aportaciones de juicios de valor y añadidos de comentarios que supongan un viraje de lo manifestado por dicha señora”.

“La Sala (...) discrepa de tales argumentos. En primer lugar, la prueba más importante en el presente procedimiento es la que se basa en las manifestaciones de la informadora Inés, la cual no compareció en el juicio. En referencia a su testimonio, fue aportada por los demandados una cinta magnetofónica, cuyo contenido es evidente que no fue adverbado en presencia judicial (...). La Sala entiende que la teoría del reportaje, aplicada por la sentencia de instancia, no es admisible en el presente caso. Es evidente que los autores del libro no contrastaron la información recibida respecto a los puntos objeto de debate, sin que (...) haya sido acreditada su veracidad por pruebas concluyentes practicadas en el juicio. Igualmente, se debe tener en cuenta que tales informaciones, si bien tienen como fondo la Guerra Civil Española, conciernen a actos de los codemandantes que solamente atañen a su vida privada, tal y como son la recuperación de los restos mortales de su padre y abuelo, respectivamente, o la recuperación de los restos de su tío carnal en Rusia, o respecto de la ideología política de los mismos, sin que conste acreditada su relevancia pública”. La Audiencia declara la intromisión ilegítima en el honor de los demandantes, condena a los demandados a la difusión íntegra de la sentencia en dos periódicos de tirada nacional, y a la supresión en posibles ediciones sucesivas del libro, del capítulo de referencia, sin que haya lugar a la retirada del mercado de los ejemplares del libro editado, ni a la indemnización solicitada por perjuicios morales.

INMISIONES. RELACIONES DE VECINDAD. ACCIÓN DE CESACIÓN DE LA ACTIVIDAD LESIVA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 28 de junio de 2006.

El actor demandó a su vecino porque había modificado “el conducto de salida de gases y humos del que estaba dotada su vivienda (a través de un shunt que permitía la evacuación por el tejado del edificio), sustituyéndolo por otro que realiza los vertidos directamente al patio y justo bajo la terraza del piso superior”.

“Es evidente que los gases y humos así evacuados, procedentes de una cocina en servicio, generan notorias molestias al actor (humos y desagradables olores) que el mismo no debe continuar soportando.

Innumerables son las resoluciones dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales (...) <que vienen> a señalar que, frente a una concepción absoluta del dominio sobre los bienes inmuebles, se han construido abundantes teorías para dar solución a los conflictos entre los titulares de distintas fincas vecinas, destacando las relativas a la prohibición de actos de emulación y de las inmisiones, así como la denominada doctrina de la normalidad en el uso. El TS (...) tiene establecido que si bien el Código Civil no contiene una norma prohibitiva de toda inmisión perjudicial o nociva, ésta puede ser inducida de una adecuada interpretación de las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, contenidas en el art. 1902 CC, y en las exigencias de una correcta relación de vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe, que resultan de los art. 580 y 1908 CC. La regulación de las relaciones de vecindad comporta la más antigua representación del carácter limitado de la propiedad, constituyendo un límite privado, impuesto en interés particular, que se integra en el régimen normal del derecho de propiedad, y que se funda en la necesidad de hacer compatible este derecho con el que igualmente tienen los titulares de fundos próximos o colindantes. En tales situaciones, es claro que el perjudicado puede reaccionar contra la causación del daño o deterioro, instando la cesación de la actividad lesiva”.

El demandado había opuesto dos excepciones, ambas desestimadas, de falta de legitimación activa y de litisconsorcio pasivo necesario. Respecto de la primera, “nada empece a que un copropietario pueda, al amparo de lo establecido en los art 7 y 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, ejercitar por la modificación o alteración de un elemento común, una acción de exigencia de respeto a los elementos comunes respecto de otro copropietario, máxime cuando, como en este caso, resulta perjudicado directamente por aquella alteración”. Respecto de la segunda, “razona el demandado que hay otros vecinos del inmueble que disponen también de conductos de evacuación de humos directamente sobre el patio común. Parece ser que, en realidad, esas otras chimeneas o aliviaderos no lo son de gases y humos procedentes de las cocinas de esos otros vecinos, sino de sus respectivos sistemas de ventilación, razón que, seguramente, explicará por qué unos molestan y no los otros. Pero es que además, y con independencia de esa circunstancia (...) la instalada por el demandado expulsa los mismos inmediatamente bajo la terraza de su vecino, el hoy actor Don César, circunstancia por la cual (...) puede obtener la tutela judicial que pretende sin perseguir ni lograr pronunciamiento alguno respecto de sus demás vecinos”.

MEDIACIÓN O CORRETAJE. CLÁUSULA DE EXCLUSIVA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 6 de octubre 2006.

La Inmobiliaria Olmo demandó a Don José Ángel y Doña Aurora que, habiéndole encargado “la venta de su vivienda, y una vez realizadas todas las operaciones, estando sólo pendiente la firma de la escritura, los demandados desistieron unilateralmente de realizar la venta”.

Según la STS de 21 de octubre de 2000 “en el contrato de mediación o corretaje, el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero en todo caso tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio (...); dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso (...); todo lo cual encuentra su apoyo normativo en el art. 1754 del Código Civil italiano”.

“El problema que aquí se plantea no es por consiguiente que no exista contrato escrito, sino que, partiendo de que efectivamente, y es un hecho acreditado, los demandados acudieron a la inmobiliaria de la actora y de que efectivamente debió de mediar el encargo de la venta de su piso, ya que a ello responde la existencia de unos compradores ajenos a este procedimiento que incluso dieron una señal para afianzar la operación, lo que no ha quedado acreditado es “el contenido” del contrato, es decir, si lo era “en exclusiva”, es decir, sin que los vendedores se reservaran o no, la posibilidad de venderlo por ellos mismos a otros compradores “no buscados” por la inmobiliaria, y de ser así, los honorarios por los “servicios prestados” con independencia de que la venta se llevara a cabo al margen de toda intervención de la inmobiliaria”.

MULTIPROPIEDAD. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 12 de junio de 2006.

Los demandantes recurren en apelación contra la sentencia de instancia que, declarando la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno celebrado con el “Clubhotel La Dorada, SL”, desestima la demanda en cuanto dirigida contra el BBVA.

La Audiencia “concluye en la nulidad de este tipo de contratos claramente vinculados, aunque la entidad bancaria lo niegue, pues no es ella la captadora de los clientes, ni éstos acuden por su propia iniciativa a la entidad, sino que es la propia comercializadora del sistema de aprovechamiento por turno quien tiene previamente concertado el sistema de financiación con el banco (...). El demandante, al cual ya engañado, se le hace acudir a dicha reunión con una nómina, tras suscribir el contrato no realiza acto alguno de gestión del préstamo (...), no se aporta solicitud de préstamo realizada por los clientes, ni éstos acuden a su entidad bancaria de fianza o sucursal cercana (...). Negar la vinculación (...) es insostenible”.

“Defiende la entidad bancaria codemandada la inexistencia de prueba de concierto previo y en exclusividad entre ambas entidades. No ignora dicha parte, y en concreto lo utiliza, las dificultades de aplicación, en protección del consumidor, del art. 15 de la Ley de Crédito al Consumo, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 62/03, sobre el acuerdo previo del concierto en exclusiva, más no es menos cierto que la consecuencia de la nulidad de dicho contrato de préstamo viene determinada, en estos supuestos, por el éxito de la acción de nulidad por falta de concurrencia de los requisitos del art. 1261 o de anulabilidad del art. 1300 CC, sin ignorar la aplicabilidad del art. 12 de la Ley de Aprovechamiento por Turnos que, en supuestos de resolución, la extiende a los contratos de préstamo celebrados con acuerdo del transmitente y la entidad bancaria, sin hacer referencia a la exigencia de exclusividad. Extensión que, si es predicable para los supuestos de resolución, en mayor medida lo es para los supuestos de nulidad”.

La Audiencia da la razón a los demandantes, en la consideración de estar ante un crédito vinculado, ya que “ambos contratos se encuentran íntimamente ligados e iban destinados a realizar una misma operación económica, y así consta en las actuaciones que el dinero entregado por el BBVA en concepto de préstamo se ingresó directamente en la cuenta titularidad de la demandada. Lo actuado revela que el préstamo es accesorio del contrato de aprovechamiento, por lo que su nulidad es igualmente predicable de éste, sin que sea siquiera necesario acudir a previsiones legales específicas, sino desde la óptica de la normativa general de los contratos, dado que lo accesorio ha de seguir la suerte de lo principal (...) “accessorium sequitur principale”.

PRÉSTAMO. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 23 de junio de 2006.

Don Jesús demandó a Doña Amanda, interesando la devolución de un dinero entregado a título de préstamo, oponiendo ella que le fuera

entregado a título de donación o liberalidad. “Es reiteradísima la jurisprudencia que establece el principio de que un negocio jurídico tan sólo es gratuito, si consta la causa de liberalidad, probándose el “animus donandi” (...); no cabe argumentar como pretende la recurrente que al existir una relación amorosa o sentimental en aquel momento entre los litigantes, el actor entregaba el dinero con ánimo de liberalidad (...) porque ni siquiera nuestro Código Civil, cuando regula los regímenes económicos matrimoniales, presume jamás que las cantidades privativas que uno de los esposos entrega al otro lo son a título de donación, sino que la regla general que establece entre los cónyuges, aplicable análogicamente a otras relaciones afectivas no matrimoniales, es la contraria, es decir, que los esposos deben restituirse aquello que perciben del otro o de la sociedad de gananciales para hacer frente a obligaciones propias (art. 1373, 1382, 1397.3, etc.)”.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL SOLIDARIA. COMPATIBILIDAD CON LA RESPONSABILIDAD LABORAL. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de junio de 2006.

Don Ángel Jesús demandó a las empresas Ingemon SL y Repsol SA al amparo de los art. 1902 y 1903 CC, interesando la reclamación de los daños y perjuicios derivados del accidente laboral sucedido el 25 de septiembre de 1999.

“Ambas entidades demandadas han de responder de modo solidario por el accidente laboral (...) <por> la naturaleza de la actividad que desarrollan sendas empresas y el vínculo contractual que las ligaba (...); el documento suscrito entre aquéllas, el 1 de septiembre de 1999, pone de relieve que Ingemon SL se compromete para con Repsol en la realización de revisión de equipos de azufre, aminas y antorcha durante la parada de septiembre de 1999, lo que implícitamente supone una actividad con riesgos especiales provenientes de los lugares objeto de manipulación por lo que, obviamente, al margen de cualquier otro tipo de indicación especial que se omitiera por parte de la empresa contratante, parece palmario que los trabajadores encargados de este tipo de tareas debieran ir provistos imperativamente de al menos mascarilla como prevención de riesgo laboral elemental para evitar situaciones como la que se produjo en que un escape de ácido sulfhídrico puso en peligro la vida no sólo del efectivamente lesionado, aquí demandante, sino también de su compañero, (...) que hubo de tirar <de él>, del lugar de peligro, al perder la consciencia. Señalada dicha responsabilidad, también se está en establecer la de Repsol. Al respecto, ha de partirse de que ésta

como empresa contratante, donde se llevaban a cabo los trabajos encargados y que conoce de antemano los peligros y riesgos de su misma industria, tomó participación concreta al señalar la brida donde ejecutar los trabajadores de Ingemón su desempeño sin advertencia de que pudieran existir residuos en la conducción que representaran algún riesgo fácilmente previsible. Pero es que, si ello no fuera bastante, desde el enfoque del documento convenido, tampoco cabe deducir exoneración de la responsabilidad que se pide, pues queda claro que los trabajos (cláusula 4^a) se realizarán por el personal de Ingemón “para cumplir las instrucciones que reciban por parte del personal de Repsol concernientes a la obra o servicio objeto de este contrato”. El testigo, ya mencionado, señala claramente al respecto que se marcó la zona a trabajar por indicación del Jefe de Repsol encargado de tal cometido. A partir de ahí, sin aviso alguno especial sobre medidas de seguridad por parte de Repsol, que es quien conoce la peligrosidad de las materias con las que pueden encontrarse los trabajadores, ocurrió el escape de anhídrido sulfhídrico, su inhalación por el demandante y el posterior traumatismo por caída al suelo”.

Respecto de la indemnización, Repsol opone al quantum solicitado objeciones que “se refieren al daño único y por tanto con reducción de lo percibido por el mismo hecho en el ámbito de la Seguridad Social, la no procedencia del daño moral porque no se darían los presupuestos contemplados para tal efecto por el baremo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, la solicitud misma de dicho instrumento de asignación económica como equivalente de la efectiva reparación y (...) que sea considerada la concurrencia de culpas”. La Audiencia considera el montante pedido adecuado y proporcionado a las circunstancias concurrentes del caso: “Como es sabido, no es de aplicación vinculante a sucesos fuera de los referidos a los accidentes de circulación el indicado sistema de baremación (STC de 29 de junio de 2000, SSTS de 20 de junio de 2003 y 22 de julio de 2004, entre otras) y menos aún, por cuanto podría afectar a la tutela judicial efectiva, cuando con su seguimiento no se otorgase la satisfacción reparatoria plena del perjudicado. Con ello devienen rechazadas las alegaciones conexas efectuadas con arreglo a la cuantificación por días de lesiones, secuelas específicas discutidas y (...) la no concesión de cifra alguna por daño moral con sujeción a las reglas del repetido baremo. Por lo demás, no es de apreciar la pretendida concurrencia de culpas puesto que en el caso se trataba de trabajador dependiente de las indicaciones que había de recibir y, desde luego, las concernientes a la seguridad en el trabajo, sin que se haya puesto de manifiesto, en todo caso, que se produjera una contravención de medida, dispuesta u ordenada para su seguridad ni por parte de Ingemón ni de

Repsol. Finalmente, la cuestión de que hubiera de reducirse el montante concedido en este pleito con la suma que hubiera podido percibir el perjudicado como consecuencia del mismo accidente de trabajo (...) choca frontalmente con la doctrina sentada y reiterada por el Tribunal Supremo que señala la plena compatibilidad de la responsabilidad laboral y civil, así como de las indemnizaciones derivadas de dichas vías”.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADOR. CLÁUSULA “CLAIM MADE”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de septiembre de 2006.

Doña Irene, en calidad de madre de la menor Antonieta, demandó a Mapfre Industrial SA, aseguradora del Insalud, mediante la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, interesando la indemnización de los daños derivados de “la lesión sufrida por la referida menor, al tiempo de su alumbramiento <el 7 de abril de 1997>, en el cual, por una defectuosa asistencia en el Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas, sufrió una parálisis (...) como consecuencia del estiramiento en las maniobras de extracción del neonato”.

La aseguradora se opuso a la demanda alegando la falta de cobertura del siniestro, al estar fuera del ámbito temporal pactado; “en efecto, la póliza de seguro, que cubre la responsabilidad profesional del personal adscrito al Insalud (...), tras declarar que el contrato se configura como “de gran riesgo”, se establece que “Serán objeto de cobertura por el presente contrato: a) Los daños causados a terceros por hechos acaecidos durante la vigencia del presente Contrato de seguro y que sean objeto de reclamación durante dicho período; b) Las reclamaciones formuladas hasta un plazo de 36 meses después de concluido el Contrato por hechos acaecidos durante su vigencia y cuyas consecuencias se evidencien en ese plazo; c) Las reclamaciones económicas por hechos acaecidos entre el día 1 de enero de 1995 y el día 28 de febrero de 1998 y que se presenten con posterioridad a las 24 horas del día 28 de febrero del 2000, última fecha que cubre el contrato celebrado por Mapfre Industrial SA el 18 de mayo de 1995, y durante el plazo temporal de 36 meses fijado en la letra b) de esa misma cláusula” (...). En efecto, el contrato de seguro que unía al Insalud y a la demandada establece una cláusula de las denominadas “claim made”, en virtud de la cual el siniestro se configura con la conjunción de dos actos sucesivos: el propio hecho dañoso, que habría de ocurrir dentro de la vigencia de la póliza, y la propia reclamación frente a la aseguradora, que habría de tener lugar en los plazos determinados. Esta clase de cláusulas contractuales

vienen, en realidad, a desfigurar el concepto de siniestro en el seguro de responsabilidad civil, en cuanto no tiene en cuenta únicamente el hecho motivador, sino que lo aproxima a un seguro de reclamaciones, lo que puede llevar como consecuencia dejar al descubierto al asegurado, y por derivación, al tercero perjudicado, aun en casos en que la reclamación ni siquiera pudo realizarse en los plazos previstos en el contrato, bien porque no se manifestara el daño, bien porque no estuviera consumado en toda su extensión, bien, en relación al tercero, por simple ignorancia de la propia existencia del seguro y de su contenido. Por ello, la jurisprudencia declaró la nulidad de tales cláusulas (SSTS de 14 de julio de 2003 y las que la misma cita), si bien el Legislador, aprovechando la reforma operada por Ley 30/1995, añadió un segundo párrafo al art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro consagrando la legalidad y validez de las mismas, como definidoras del ámbito del contrato, aunque calificándolas como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, por tanto, sometiéndolas al especial régimen de aceptación establecido en el art. 3 de la Ley (...).

En efecto, lo que no define el art. 73.2 de la Ley ni el contrato que aquí se considera es qué ha de entenderse por reclamación, y en particular, quién haya de ser el sujeto pasivo de la misma. Ni en la norma legal ni en la contractual se establece que esa reclamación, cuando procede del tercero perjudicado, haya de estar formulada precisamente frente a la aseguradora. Pues bien, si se interpreta esa norma con el resto de las disposiciones legales (...) hemos de llegar a las dos siguientes conclusiones: la primera, que esa reclamación ha de ser efectuada a la aseguradora por el tomador del seguro, y la segunda, que la infracción de ese deber no puede ser opuesta al tercero que ejercita la acción directa (...); el perjudicado cumple con manifestar su voluntad de reclamar, ejercitando judicial o extrajudicialmente su derecho, aunque sea sólo frente al asegurado o al tomador (...); la falta de traslado por parte del tomador o el asegurado (...) es una cuestión estrictamente interna entre aquéllos y la aseguradora <y podrá fundar, en su caso, la acción de repetición entre las partes del contrato de seguro> y, por ese carácter, inoponible al tercero, cuya acción directa es inmune a este tipo de excepciones (...). En este caso, el tomador del seguro y los propios asegurados no comunicaron a la aseguradora la reclamación que contra ellos formulaban los padres de la menor lesionada. Y esa omisión no puede ser en ningún caso opuesta a éstos que desconocían la existencia del contrato y, desde luego, su contenido. Ellos hicieron lo que en su mano estaba, esto es, deducir temporáneamente su reclamación, incluso dentro de los plazos previstos en la póliza, como lo revelan las actuaciones penales seguidas de petición de diligencias preliminares <el 18 de junio de

1997 se interpuso denuncia ante el Juzgado de Instrucción>. Lo que la defensa de la aseguradora confunde (...) es la inoponibilidad del incumplimiento del deber del tomador o de los asegurados de trasladarle la reclamación, con la ausencia de reclamación (...). Por todo ello, la estimación de la acción directa ha de ser confirmada en esta instancia”.

TRANSPORTE. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO. NEGLIGENCIA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de junio de 2006.

El actor demandó a los transportistas reclamando los daños sufridos por la motocicleta transportada; los demandados recurren oponiendo “que concurrió en este supuesto un caso fortuito en la causación de los daños que exime a los demandados de toda responsabilidad. Alega así la recurrente que el vehículo en que se transportó la moto del demandante era el adecuado para dicho transporte, que las bridas usadas para su sujeción estaban revisadas y en buen estado”.

“La motocicleta era transportada en un medio (camión portavehículos con plataforma a tal fin) que precisaba bridas de sujeción, y al tomar una curva el camión, la brida se rompió y la moto cayó al suelo. Esta Sala, tras valorar la prueba aportada, no pude considerar que haya concurrido caso fortuito en los términos alegados porque lo que sucedió pudo ser previsto y no era inevitable con un debido transporte (...); la moto transportada se cayó porque se rompió una brida de sujeción al dar el camión una curva que no consta que fuera excepcionalmente cerrada (...); no consta que mediara un suceso imprevisible o un agente externo y ajeno a las circunstancias ordinarias de todo transporte que incidiera en la conducción del camión, exigiendo una maniobra brusca que supusiera exceso anormal de tensión de la brida (...). Por ello es claro que ha concurrido falta de los debidos cuidados y diligencias requeridos por las circunstancias ordinarias y previsibles del caso como causa del siniestro, y ello porque o bien se transportó la moto, un vehículo más inestable que un turismo, en un camión en que no podía sujetarse mediante los carriles y horquilla con que cuenta el remolque (...) y/o bien la brida fue mal colocada, y/o bien no se hallaba ésta en perfectas condiciones (...). Es cualquiera de estos supuestos o todos en conjunto la causa del siniestro según indica la lógica”. También podría haber resuelto la Audiencia el caso cargando el tan nombrado caso fortuito sobre los transportistas, con fundamento legal en los art. 1601, 1602 y 1784 CC.

También recurren los demandados “por eximir la sentencia apelada de responsabilidad a la aseguradora (...), en virtud de una cláusula de la

póliza de seguro que considera la recurrente limitativa de derechos y que no puede tenerse por puesta en el contrato”. Sin embargo, “desde el punto de vista procesal no puede un codemandado recurrir una sentencia para pedir la condena de otro codemandado absuelto, cuando la parte demandante se ha aquietado con dicha absolución”; y “desde el punto de vista de derecho material (...) dicha cláusula estaba remarcada en letra negrita dentro del total clausulado, indicando que era condición indispensable para la eficacia del seguro que las mercancías estuviesen bien estibadas, por lo que su tenor era claro e indiscutible, señalándose al final del documento, justo antes de la firma y también en negrita, que el tomador aceptaba las cláusulas limitativas que se resaltaban en letra negrita. Esto es lo que fue expresamente aceptado por el tomador con su firma y esto cumplía todos los requisitos previstos en el art. 3 LCS para la vinculatoriedad a las partes de dicha cláusula, porque dicho precepto no prohíbe la inclusión en el pacto de cláusulas limitativas de derechos sino que en búsqueda de un equilibrio entre las partes determina que éstas han de reunir unos especiales requisitos de conocimiento (estar remarcadas) y de aceptación (expresamente referida a ellas) que en este caso han concurrido”.

NOTAS DE ACTUALIDAD

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
VII EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 7 al 24 de enero de 2008

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la VIII Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La VIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 7 al 24 de enero de 2008, 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:

- Globalización económica y los nuevos desafíos regulatorios del Estado
- Derecho de Consumo: contratos, responsabilidad y regulación
- Propiedad intelectual
- Derechos Humanos y Garantías Constitucionales
- Gestión tributaria: hacia un nuevo modelo de relaciones entre la administración y el contribuyente
- Derecho de Sociedades de capital y concurso de acreedores
- Derecho Penal Económico y de la Empresa ante los nuevos retos y paradigmas
- Investigación y prueba en el proceso penal
- Mercado, sociedad y Estado en la era de la Globalización

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256 351 / 680 222 319

