



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 45 - Diciembre 2008

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: **docm-internet@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

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA. Juan B. Lorenzo de Membiela	9
LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL EN LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS. Ángel Quereda Tapia.....	35
REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA DEL SISTEMA AUTONÓMICO DE FINANCIACION Y, EN PARTICULAR, DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE CASTILLA-LA MANCHA. M ^a Esther Sánchez López	55
LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA –Especial atención a su problemática en referencia a los Testigos de Jehová-. Francisco Sánchez Rodríguez y Jesús Punzón Moraleda	89

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EXPEDIENTE INSTRUIDO AL EFECTO DE ACORDAR LA CADUCIDAD DE LAS CONCESIONES DE EXPLOTACIÓN CUYA TITULARIDAD CORRESPONDE A UNA COMUNIDAD DE HEREDEROS.....	133
DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y SUELO POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.....	151

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. Pilar Domínguez Martínez y M ^a Nieves Pacheco Jiménez.....	193
--	-----

NOTAS DE ACTUALIDAD

IX EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 12 a 29 de enero de 2009	215
---	-----

ESTUDIOS

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Juan B. Lorenzo de Membiela
Doctor en Derecho

SUMARIO:

I. El Desarrollo Sostenible en la Unión Europea. II. La Responsabilidad Social Corporativa en la Unión Europea: Libro Verde-Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas(RSE)-. III. « *Comunicación relativa a la responsabilidad social de las empresas, una contribución empresarial al desarrollo sostenible*». IV. « *La dimensión social de la globalización - la contribución de la política comunitaria para que los beneficios se extiendan a todos*». V. « *Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas*». VI. « *El camino hacia la sociedad europea del conocimiento relativa a la contribución de la sociedad civil organizada a la Estrategia de Lisboa* ». VII. « *El conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE*». VIII. « *Promover un trabajo digno para todos. Contribución de la Unión a la aplicación de la agenda del trabajo digno en el mundo*».

RESUMEN:

Asistimos a una profunda transformación de nuestro entorno social y político. Más profundo de lo que pudiera parecer *a priori*. La cuestión medioambiental se ha impuesto en sus múltiples dimensiones que son innumerables. La polisemia de su significado, todavía no acotado, invita a analizar este fenómeno desde perspectivas amplias y ambiciosas porque será, ya lo está siendo, un imperativo social que modalice los proyectos y acciones del hombre, como individuo y como grupo. No se trata sólo de las normas sino del modo en que esas normas despliegan su eficacia por las personas responsables de su control. Ello obliga a ponderar valores en los gestores que no están escritos sino recogido en su fuero interno.

Su objeto no sólo persigue una protección del medioambiente, estrictamente, sino que la finalidad última es la defensa de la dignidad de la persona en un medio globalizado. De ahí la conexión en la Cumbre de Johannesburgo de 2002 entre empresa y desarrollo sostenible. Y posteriormente la asunción como compromiso institucional de la UE de las políticas sostenibles desarrolladas por Naciones Unidas.

Derechos Humanos, Responsabilidad Social Corporativa, Desarrollo Sostenible, Medioambiente y Globalización constituyen los conceptos básicos sobre los cuales se construye esta nueva y sugestiva iniciativa que cambiará el modo de hacer y de ser de de nuestro presente, si el hombre lo asume plenamente.

I. EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA .

En el ámbito de la UE son varias las iniciativas que asumen la tesis del Desarrollo Sostenible y su extensión al ámbito económico y empresarial. Su evolución recoge los siguientes Acuerdos, Resoluciones e Instrumentos comunitarios:

I.a)

La Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo de la UE el 26 de junio de 1990, instaba, entre otras cosas, a elaborar un nuevo programa sobre medio ambiente basado en los principios de Desarrollo sostenible, Acción preventiva y precautoria y Corresponsabilidad.

I.b)

El Consejo Europeo, en las reuniones de Lisboa el 27 de junio de 1992 y de Birmingham el 16 de octubre de 1992, invitó a la Comisión y al Consejo a que emprendieran trabajos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad. Que se define en el Dictamen de 10 de marzo de 1999, Principio de subsidiariedad «*Hacia una verdadera cultura de la subsidiariedad, como principio de proximidad según el*

cual las decisiones se toman en el nivel más próximo al ciudadano, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de realizar de forma óptima las diferentes funciones, es uno de los principios políticos por los que debe guiarse dicho proceso de reforma».

I.c)

El Consejo Europeo reunido en Lisboa el 27 de junio de 1992, la Comunidad y sus Estados miembros se comprometen a aplicar rápidamente las principales medidas acordadas en la CNUMAD , Cumbre de Río de 1992.

I.d)

En diciembre de 1992, el Consejo reunido en Edimburgo, aprobó los principios, directrices y procedimientos para la aplicación concreta del principio de subsidiariedad , que afectaría a aspectos de la política y a las medidas concretas a que da lugar el Programa «Hacia un Desarrollo sostenible».

I.e)

La Resolución 1 de febrero de 1993 del Consejo , sobre Medio Ambiente , aprueba el Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un Desarrollo sostenible», basándose en los siguientes hechos:

El Programa presentado por la Comisión está encaminado a reflejar los objetivos y principios de desarrollo sostenible, acción preventiva y precautoria y corresponsabilidad establecidos en la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad reunidos en el seno del Consejo el 26 de junio de 1990 y en el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992;

La Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo el 26 de junio de 1990, se instaba, entre otras cosas, a elaborar un nuevo programa de medio ambiente basado en los principios de desarrollo sostenible, acción preventiva y precautoria y corresponsabilidad.

La Comunidad y sus Estados miembros han adquirido una experiencia considerable en la elaboración y aplicación de una política y una legislación en materia de medio ambiente, habiendo mejorado así la protección de este último;

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo (CNUMAD), reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, adoptó la Declaración de Río y la Agenda 21, cuyo objetivo es lograr estructuras sostenibles de desarrollo a escala mundial, así como una Declaración de principios sobre los bosques y las selvas; que fueron abiertos a la firma importantes convenios sobre el cambio climático y la diversidad biológica que han sido firmados por la Comunidad y sus Estados miembros; que la Comunidad y sus Estados miembros han suscrito también la Agenda 21 y las citadas Declaraciones;

El Consejo Europeo reunido en Lisboa el 27 de junio de 1992, la Comunidad y sus Estados miembros se comprometieron a aplicar rápidamente las principales medidas acordadas en la CNUMAD;

El Consejo Europeo, en sus reuniones de Lisboa el 27 de junio de 1992 y de Birmingham el 16 de octubre de 1992, invitó a la Comisión y al Consejo a que emprendieran trabajos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, y que el Consejo Europeo reunido en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992 aprobó principios, directrices y procedimientos para la aplicación concreta de dicho principio; que, en virtud del principio de subsidiariedad, la realización de muchos aspectos de la política y de las medidas concretas a que dará lugar el Programa «Hacia un desarrollo sostenible» (Véase la página 5 del presente Diario Oficial), denominado en lo sucesivo el «Programa», recaerá en niveles que no corresponden a las competencias de las Comunidades Europeas;

La estrategia presentada en el Programa depende de la adecuada integración entre la política de medio ambiente y otras políticas pertinentes,

Dentro de este Plan, § 11, se prevé como nueva estrategia, *modificar las pautas sociales de comportamiento por medio de la participación óptima*

de todos los sectores de la sociedad con ánimo de compartir la responsabilidad, incluidas las administraciones públicas, las empresas públicas y privadas y la población en general como ciudadanos y consumidores.

Los tres pilares que en virtud de la Resolución de 1 de febrero de 1993, *Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, se construiría la relación empresa-medio ambiente, son los siguientes, § 20:

«a) Una gestión de recursos más adecuada tendente a racionalizar su consumo y a mejorar su posición competitiva

b) La información para conseguir que los consumidores elijan mejor y aumente la confianza de la opinión pública en las actividades y controles de la industria y en la calidad de los productos.

c) Las Normas comunitarias aplicables a los procesos de fabricación y a los productos».

Cuatro aspectos importantes merecen ser resaltados de esta declaración en relación con las empresas:

a) Mejora de la competitividad empresarial.

b) Confianza de los clientes .

c) Control sobre la empresa.

d) Calidad de los productos

e) Aplicación del derecho de la UE.

Y junto a estas bases cabe enfatizar un especial tratamiento para la pequeña y mediana empresa, para conseguir un Desarrollo Sostenible, pretendiendo:

1. Mantener la calidad de vida.

2. Permitir un acceso continuo a los recursos naturales.

3. Impedir que perduren los daños al medio ambiente.

I.f)

En 1994, se celebra la Conferencia Europea sobre las Ciudades Sostenibles en la ciudad danesa de Aalborg. Allí se redacta la llamada Carta de Aalborg, *declaración de compromiso de las autoridades locales para el desarrollo de procesos y estrategias que lleven a la toma de medidas de acción concretas en el desarrollo de la sostenibilidad urbana*.

I.g)

En 1998 se publica la Decisión de 24 de septiembre de 1998, *Revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible»*, declarando en el art. 2.4º, en relación con los objetivos prioritarios de la Comunidad:

« a) Potenciar el actual desarrollo de sistemas de gestión medioambiental por parte del sector industrial y preparar programas destinados a promover una mayor sensibilización de la industria en relación con el medio ambiente, incluidas en especial las pequeñas y medianas empresas (PYME), así como programas de formación profesional y asistencia técnica; revisar el sistema de gestión y auditoría medioambientales;

b) Crear un marco para una política de productos integrada y orientada hacia el ciclo de vida del producto, que aborde en particular el desarrollo en profundidad del análisis del ciclo de vida, incluida la reducción de los residuos generados, y que tenga en cuenta las posibles consecuencias para el mercado interior, con el fin de fomentar la obtención de productos más limpios mediante la integración de consideraciones medioambientales en su diseño y la reducción al mínimo de la utilización de sustancias orgánicas persistentes, metales pesados y sustancias que tengan un efecto perjudicial irreversible para la salud;

c) Mejorar la legislación y otros instrumentos en lo que se refiere al control coherente y general de la contaminación de instalaciones industriales, desarrollar opciones para un marco que complemente el control integrado de la contaminación de instalaciones de menor tamaño que tengan en cuenta los problemas específicos de las mismas y favorecer una mayor integración de los costes externos;

d) Tomando nota de la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de mayo de 1997 y de la Resolución del Consejo de 7 de octubre de 1997 relativas ambas a la redacción, aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario en materia de medio ambiente, adoptar medidas para mejorar la aplicación y la sanción en caso de incumplimiento de todas las disposiciones que tienen como objetivo reducir las emisiones y la contaminación de las instalaciones industriales, garantizando una mejor integración en la legislación comunitaria del principio de quién contamina paga; a este respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo toman nota del Libro blanco que debe presentar la Comisión sobre responsabilidad medioambiental».

I.h)

Pero es en la Comunicación COM (2000) 264, de 18 mayo, § 2, cuando se incluye en el concepto de *Desarrollo Sostenible*, la economía eficaz, la política democrática y pluralista, socialmente equitativa y medioambientalmente sana.

I.i)

El Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000 expuso los *objetivos estratégicos* para la próxima década: *convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social.*

Para obtener dicho objetivo se requiere de una *estrategia global*, § 5, dirigida a:

Preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I + D, así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación, y la culminación del mercado interior.

Modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social.

Mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento mediante la aplicación de un conjunto de medidas políticas macroeconómicas adecuadas.

Hace un llamamiento en el § 39 al sentido de la responsabilidad social de las empresas respecto a las prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social y el desarrollo sostenible.

L.j)

Suscribiendo el Consejo en fecha 19 de junio de 2000, la Recomendación 2000/517/CE, *Orientaciones generales de política económica para los Estados miembros y la Comunidad*, en la cual se explicita en su § 2.3, como *Prioridades y principales ámbitos de actuación*, los siguientes :

1. Asegurar la aplicación de políticas macroeconómicas de crecimiento y estabilidad.
2. Acelerar el proceso de saneamiento fiscal ya iniciado.
3. Mejorar la calidad y sostenibilidad de las finanzas públicas.
4. Promover una evolución salarial apropiada.
5. Fomentar una economía impulsada por el conocimiento.
6. Dotarse de mercados eficientes de productos (bienes y servicios).
7. Promover los mercados de capitales mediante su integración y profundización.
8. Revitalizar los mercados laborales.
9. Potenciar el desarrollo sostenible.

En su § 3, *Recomendaciones de política económica*, apartado 3.9, *Potenciar un desarrollo sostenible*, se articula mediante la promoción de

tecnologías, productos y comportamientos respetuosos con el medio ambiente. Alcanzando una mayor eficiencia en los procesos productivos junto a una política ambiental que intente aprovechar los instrumentos de mercado, beneficiosamente para la eficiencia de las estructuras económicas, contribuyendo al crecimiento y al empleo. Los Estados miembros deberán:

1. Introducir o reforzar las políticas de mercado (impuestos, derechos de uso, sistemas de seguro/responsabilidad, compraventa de licencias) que ponen precio a los recursos escasos; contribuir al logro de los objetivos de la Unión Europea en el marco del Protocolo de Kioto; y contribuir a romper la vinculación entre presión ambiental y crecimiento económico.

2. Revisar los regímenes de subvenciones y exenciones fiscales sectoriales y demás medidas vigentes que tienen un efecto perjudicial en el medio ambiente, sin perder de vista en ningún momento otros factores económicos y sociales pertinentes.

3. Trabajar para llegar a un acuerdo sobre un marco adecuado para la fiscalidad de la energía a escala europea.

I.k)

Un concepto es destacable en la Comunicación COM(2001) 264, de 15 mayo, *Países en vías de desarrollo*, § 2:

« [...] Para que la población se sienta verdaderamente partícipe del objetivo del desarrollo sostenible, también es necesario obrar con mayor transparencia en la formulación de políticas y dar la sensación a las personas de que su propia actuación puede suponer un cambio real» .

Pero no solamente la trascendencia de la persona debe ser ponderada, también la actuación pública para crear una mayor sensación de responsabilidad social y colectiva. Determinando un marco en el que las empresas integren previsiones medioambientales y sociales en sus actividades, aplicando una RSC voluntaria tanto dentro como allende las fronteras de la UE.

La estrategia a emplear pasa por incluir en el Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza estas previsiones, por ejemplo, consultar previamente a las partes interesadas el cambio de criterio sobre puntos políticos trascendentes¹.

Junto a ésta, las empresas que cotizan en bolsa y con una plantilla de al menos 500 empleados deberán publicar la “triple línea de fondo” en sus informes anuales a los accionistas que mida sus resultados en materia económica, medioambiental y social.

Solicitando la Comisión que las empresas de otro tipo se adhieran a las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales u otras directrices equiparables.

I.1)

Sobre la concurrencia de la dimensión social del Desarrollo Sostenible el compromiso empresarial era inevitable. Así en el Dictamen de la Comisión de 25 enero 2002, *Países en vías de desarrollo* se concreta un nexo de unión entre Desarrollo Sostenible y producción empresarial, § 4:

« Hace hincapié en que el crecimiento económico es una condición absolutamente necesaria para el logro de las metas medioambientales y de política social. Si no se concede a este tercer componente del desarrollo sostenible una atención plena e igual en la formulación de las políticas comunitarias, los otros dos componentes fracasarán. Además, el motor del crecimiento económico es la actividad empresarial, en concreto el proceso de producción» .

Defendiendo esta Comunicación de la Comisión en su § 9, la reducción de impuestos sobre empresas para alcanzar una mayor competitividad:

« Señala que la intención de la Comisión de continuar concediendo prioridad “a planteamientos de mercado que supongan incentivos en materia de precios, siempre que permitan alcanzar los objetivos sociales y ambientales de forma flexible y rentable” está en contradicción con su enfoque actual. Los incentivos en materia de precios a menudo se proponen en forma de fiscalidad adicional. Los impues-

tos, sin embargo, raramente son rentables y cuando se aplican a las empresas casi siempre perjudican a la competitividad. Además, los mecanismos de precios a menudo no son siquiera los métodos más eficaces de lograr los objetivos medioambientales buscados. En general, la fijación de precios sólo será la solución más eficaz si el consumidor puede elegir verdaderamente entre posibilidades equivalentes» .

Desarrollo Sostenible , desarrollo empresarial pero también desarrollo social, § 7:

« Reitera que la dimensión social debe ser el centro de la estrategia general de desarrollo sostenible. Por tanto, es preciso lograr una elevada calidad de vida, que habrá de ampliarse y garantizarse para el futuro. Esta calidad de vida incluye la seguridad del empleo, el progreso en la protección laboral y sanitaria, ingresos adecuados, una vivienda apropiada, posibilidades de desarrollo personal y, por encima de todo, salud. La educación y formación profesional de calidad (que podrían definirse como aprendizaje permanente) son condiciones fundamentales para la creación de una base social fiable para los trabajadores y sus familias. El diálogo constante entre los interlocutores sociales debería garantizar el consenso a todos los niveles y hacer comprensible el proceso de desarrollo sostenible. En el importante ámbito de la protección laboral y sanitaria, la investigación social y técnica de la CECA trajo consigo mejoras considerables. En el futuro, este ámbito deberá ser firmemente consolidado y continuado» .

I.m)

Desarrollo Sostenible , desarrollo empresarial , desarrollo social pero también desarrollo tecnológico, § 8:

« Observa además que el progreso tecnológico ha supuesto una contribución inmensa al bienestar material y a la calidad de vida de la sociedad, y puede seguir proporcionando soluciones a problemas de medio ambiente. Las estrategias en materia de desarrollo sostenible, por tanto, deberán fomentar y apoyar la innovación por parte de las empresas, y el programa marco comunitario de IDT deberá ser

coherente con dichas estrategias. No obstante, una vez más, las empresas sólo podrán invertir en innovación si siguen siendo competitivas» .

I.n)

El Dictamen del Comité Económico y Social de 18 de abril de 2002, *Mensajes para Barcelona (Estrategia para el desarrollo sostenible)*, centra como uno de sus objetivos la potenciación de la pequeña y mediana empresa:

« § 1.10. h), El CES opina que los esfuerzos de apoyo al espíritu empresarial y a la pequeña empresa en particular siguen siendo insuficientes si tenemos en cuenta la gran contribución que pueden aportar para lograr los objetivos fijados en Lisboa. El CES respalda por completo la solicitud de la Comisión de seguir las diez líneas de la Carta Europea de la Pequeña Empresa.

§ 1.11.h) El CES opina que los esfuerzos de apoyo al espíritu empresarial y a la pequeña empresa en particular siguen siendo insuficientes si tenemos en cuenta la gran contribución que pueden aportar para lograr los objetivos fijados en Lisboa. El CES respalda por completo la solicitud de la Comisión de seguir las diez líneas de la Carta Europea de la Pequeña Empresa» .

I.ñ)

El Dictamen del Comité de las Regiones de 16 mayo 2002, *Desarrollo sostenible - Cumbre Mundial sobre el «Desarrollo Sostenible Johannesburgo, 2002*, concreta que deben desarrollarse determinados aspectos entre los cuales destacamos:

« [...] § 21. El desarrollo sostenible debe ser clave en todo nuevo plan sectorial, regional y empresarial financiado por el presupuesto comunitario. Los responsables de los entes locales y regionales deberían entablar un diálogo con la comunidad empresarial y fomentar las inversiones sostenibles.

§ 22. Los instrumentos económicos y la política en materia de imposición y fiscalidad ecológica constituyen instrumentos cuya importancia es fundamental, no sólo en el ámbito del medio ambiente, sino también por lo que se refiere al desarrollo regional para favorecer una utilización más racional de los recursos y emisiones menos nocivas, así como para financiar la igualdad de acceso a los bienes públicos necesarios para el desarrollo sostenible.

§ 23. Debe adoptarse un planteamiento equilibrado a la hora de combinar buenas condiciones sociales con una alta productividad y una calidad elevada de los bienes y servicios. El principio fundamental debe ser que la creación de más y mejores empleos en una economía dinámica y competitiva refuerza la cohesión social.

§ 24. Debe apoyarse la participación ciudadana activa en el cambio social y medioambiental; es fundamental emprender esfuerzos en materia de educación y campañas de información pública. La educación y la formación, dentro de una perspectiva de aprendizaje permanente, deben considerarse instrumentos clave en el desarrollo de una mano de obra cualificada, que constituye un elemento básico del desarrollo económico y social sostenible.

§ 25. Debe prestarse más atención a la creación de un entorno vital sostenible que incluya el uso sostenible de bosques, áreas urbanas habitadas y del entorno laboral[...] ».

La Comunicación de la Comisión: «Hacia una asociación global en favor del desarrollo sostenible», Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 2002², concreta que los acuerdos marco sobre responsabilidad social de las empresas son elementos clave en la búsqueda de soluciones sostenibles, ordenando en su § 8 , que se dé un nuevo impulso a la consolidación de la gobernanza mundial en materia de medio ambiente y a la responsabilidad social de las empresas.

Recomienda, igualmente , en el § 21 , que exista una representación conjunta de la UE en los consejos de administración de las instituciones financieras internacionales y pide un mayor grado de transparencia y responsabilidad a través del control parlamentario de estos órganos.

E igualmente plasma en el § 64, instrumentos para implantar un marco jurídico relativo a la responsabilidad económica, social y ambiental de las empresas privadas de la UE. Estos instrumentos, que son plasmación de una inequívoca ética empresarial propugnada por la UE consisten:

a) Exigir a los inversores privados el cumplimiento de las normas laborales y ambientales fundamentales de la legislación nacional y del Derecho internacional.

b) Medidas relativas al derecho a la información, los derechos humanos y la responsabilidad y transparencia total de las transacciones financieras con los gobiernos nacionales.

c) Establecer una Directiva relativa a la información obligatoria sobre el rendimiento social y ambiental en todos los países en los que actúan para adoptar un instrumento jurídicamente vinculante de apoyo a la responsabilidad económica, social y ambiental.

I.o)

El Informe de la Comisión COM(2004) 64, de 11 febrero, « Aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa » , se ofrece una base de datos de experiencias de empresas sobre la RSC . Al alcance de todos se encuentran en su Web el estudio , entre otros temas: *Como ayudar a las empresas a resolver sus dificultades financieras*³ ; *Apoyo al crecimiento de las empresas: Guía de buenas prácticas para las organizaciones de apoyo a las empresas*⁴; *Como hacer más fácil la transmisión de empresas: Guía de buenas prácticas con medidas de apoyo para la transmisión de empresas a nuevos propietarios*⁵ y, entre otros, *Apoyo a la creación de empresas. Guía de buenas prácticas para las organizaciones de apoyo a las empresas*⁶.

II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: LIBRO VERDE-FOMENTAR UN MARCO EUROPEO PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS(RSE)- .

Fue en el Consejo Europeo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo de 2001 en donde se acogieron favorablemente las propuesta para la RSC ordenándose la confección de un Libro Verde para la RSC . La Resolución de la Comisión COM (2001) 366, pública el Libro Verde-Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas.

Del contenido de este Libro Verde caben destacar los siguientes puntos:

Define la RSC en el § 8 como un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio. En un momento en el que la Unión Europea intenta determinar sus valores comunes adoptando una Carta de los Derechos Fundamentales, un número creciente de empresas europeas reconoce cada vez más claramente su responsabilidad social y la considera parte de su identidad. Esta responsabilidad se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su vez influir en su éxito.

Y amplía su definición en el § 21: *ser socialmente responsable no significa solo cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, legales y convencionales. Implica ir más allá de su observancia invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores.*

Como resultado empírico cabe destacar que la inversión en tecnologías y prácticas comerciales respetuosas con el medio ambiente aumenta la competitividad de las empresas. Y esa competitividad se produce por la sintonía emocional que se establece con el cliente-consumidor.

Junto a ese elemento externo de la organización, en el interno, ir más allá de lo acordado mediante normas laborales en materia de formación, condiciones laborales o relaciones entre la dirección y los trabajadores, posee un impacto directo en la productividad.

Todo ello abre una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad.

La RSC se presenta como una estrategia empresarial en respuesta a presiones sociales, medioambientales y económicas . Cabe identificar las siguientes:

- Las nuevas inquietudes y expectativas de los ciudadanos, consumidores, poderes públicos e inversores en el contexto de la mundialización y el cambio industrial a gran escala.

-Los criterios sociales influyen cada vez más en las decisiones de inversión de las personas o las instituciones tanto en calidad de consumidores como de inversores.

- La preocupación cada vez mayor sobre el deterioro medioambiental provocado por la actividad económica.

-La transparencia de las actividades empresariales propiciada por los medios de comunicación y las modernas tecnologías de información y comunicación.

La RSC supone un compromiso personal, propia e individual de la empresa que va más allá de las prescripciones legales y convencionales suscritas , asumiendo retos que intentan elevar los niveles de desarrollo social, protección medioambiental , respeto de los derechos humanos y adoptando un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad.

La Unión Europea está interesada en la responsabilidad social de las empresas para alcanzar el objetivo estratégico establecido en Lisboa: «Convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social».

Cabe distinguir entre una dimensión interna y otra externa de la RSC, § 27 y ss.. La interna se centraría en el elemento humano de la organización: inversión en recursos humanos, la salud y la seguridad, y la gestión del

cambio, mientras que las prácticas respetuosas con el medio ambiente conectan con la gestión de los recursos naturales utilizados en la producción. Abren una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad. Se materializa en los siguientes puntos:

- a) Captación y retención del talento.
- b) Responsabilidad de los trabajadores.
- c) Mejora de la información en la empresa.
- d) Mayor equilibrio entre trabajo, familia y ocio.
- e) Mayor diversidad de recursos humanos.
- f) Igualdad de retribución y de perspectivas profesionales para las mujeres.
- g) Participación en los beneficios o en el accionariado de la empresa.
- h) Consideración de la capacidad de inserción profesional .
- i) Seguridad en el lugar de trabajo.
- j) Seguimiento y gestión de activos de los trabajadores de baja por incapacidad laboral o accidente .
- k) Prácticas responsables de contratación evitando la discriminación.
- l) Salud y seguridad en el lugar de trabajo⁷.

En suma, se trata de cumplir los principios contenidos en el Consejo de Lisboa de invertir en recursos humanos, sea en la formación, sea en el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, § 78.

El elemento externo de la RSE afecta a los accionistas , operarios, proveedores, clientes y sociedad en general, § 42.

Adaptación al cambio.

Las reestructuraciones de empresas se producen ordinariamente, ello provoca unas consecuencias no solo en los gerentes afectados , también en los trabajadores con lesión a valores que se estiman estratégicos en el management actual: moral del operario, lealtad, compromiso, motivación, creatividad y la producción . Pero los daños que se irrogan al capital humano no solo se circunscriben a esas notas sino que lo más lamentable es que menos del 25% de las empresas reestructuradas obtienen beneficios por dicha práctica

Gestión del impacto ambiental y de los recursos naturales.

La disminución del consumo de recursos o de los desechos y emisiones contaminantes pueden reducir el impacto sobre el medio ambiente y de ello cabe derivarse beneficios para la empresa al reducir gastos energéticos y de eliminación de residuos y disminuir los insumos y los gastos de descontaminación, § 39.

Motivación empresarial para asumir la RSC : European Eco-Efficiency Initiative (EEEI).

Mediante la implantación de la Certificación de la Responsabilidad social de las empresas -European Eco-Efficiency Initiative (EEEI) -GRI lanza la versión provisional de su revisión de directrices ‘G3’, sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) ISO 19000. Este sistema anima a las empresas a crear, de forma voluntaria, sistemas de ecoauditoría y ecogestión en la compañía o el emplazamiento industrial dirigidos a estimular la mejora constante del rendimiento ecológico⁸.

Derechos humanos.

Los derechos humanos son un elemento esencial en la definición de la RSC . Ello implica exigir a las otras partes contratantes que compartan idénticos principios siendo responsabilidad de la UE que ello así sea mediante su política comercial y desarrollo del y su estrategia para el desarrollo del sector privado en los países en vías de desarrollo, en particular a través del fomento de las inversiones europeas, § 52.

El cumplimiento de los Derechos humanos implica el cumplimiento de los diferentes instrumentos internacionales que los aborden, como la Declaración tripartita de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) y las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (OECD Guidelines for Multinational Enterprises).

Junto a los Derechos humanos *sensu stricto* , se suman igualmente

Lucha contra la corrupción.

Se innova el Acuerdo de Cotonu de 23 de junio de 2000 sobre el Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros⁹, reconociendo a la misma como causa que impide el desarrollo de los países ACP¹⁰

Códigos de Conducta.

Los Códigos de Conducta en materia de condiciones laborales, derechos humanos y aspectos medioambientales, son dirigidos a sus subcontratistas y proveedores. Lo hacen por diversas razones, especialmente para mejorar su imagen empresarial y reducir el riesgo de que los consumidores reaccionen negativamente.

Protección de medioambiente.

Uno de los ejes prioritarios en la RSC es el factor ambiental a través de la adopción de políticas sostenibles . Las empresas pueden contribuir a ello mediante la adopción de estrategias productivas menos contaminantes.

Los resultados de estudios de empresa detectan una mayor eficiencia productiva y humana en aquellas empresas que adoptan fórmulas de protección al medio ambiente. Ello es provocado por el empleo de última tecnología que conlleva un mejoramiento de las condiciones de trabajo, § 76.

III. RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2003 DEL PARLAMENTO EUROPEO: «COMUNICACIÓN RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS, UNA CONTRIBUCIÓN EMPRESARIAL AL DESARROLLO SOSTENIBLE» .

Concreta los siguientes principios:

Procesos empresariales y Transparencia.

Los principios clave de la responsabilidad social de las empresas (RSE) engloban su integración en procesos empresariales fundamentales y el fomento de la transparencia y de la capacidad de verificación.

Normas internacionales de responsabilidad social de las empresas.

Que entre los objetivos de desarrollo de la Unión Europea requieren que, en los países en desarrollo, se apliquen las normas internacionales de responsabilidad social de las empresas, lo que supone que la UE ayude a esos países a hacerlas cumplir, tanto por parte de los inversores internacionales como de las empresas de dichos países.

Poderes públicos y empresas.

Las empresas no pueden ocupar el lugar de los poderes públicos cuando éstos fallan a la hora de asumir el control que les corresponde sobre el respeto de las normas sociales y medioambientales,

RSE y Desarrollo Sostenible.

La RSE puede contribuir a alcanzar los objetivos que se definen en la estrategia europea de desarrollo sostenible, siempre que las empresas no se limiten a las declaraciones de intenciones y no usen la RSE como un simple instrumento de relaciones públicas.

Empresa y sociedad.

Las empresas incumbe una función social y que han de demostrar su responsabilidad para con todas las partes implicadas en la empresa, y considerando asimismo que los que más implicados están en las actividades de las empresas son los trabajadores.

RSE y Tratados Internacionales.

Conecta la RSE con el cumplimiento de los **Tratados Internacionales** en materia de derechos sociales y medioambientales dictadas por la OCDE así como la OIT.

Grandes empresas y PYMES.

La RSE es relevante con independencia del tamaño de la empresa

RSE y consumidores.

Los consumidores cada vez más se encuentran sensibilizados con los productos realizados por **empresas que ejecutan los principios de la RSE.**

Valor empresarial.

El objetivo de la RSE es añadir **valor** a la empresa.

RSE y globalización .

Es destacable el decisivo papel de la RSE en el posicionamiento de las empresas europeas en la competencia global.

IV. DICTAMEN DE 9 DE MARZO DE 2005 DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL : « LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN - LA CONTRIBUCIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA PARA QUE LOS BENEFICIOS SE EXTIENDAN A TODOS» .

Es destacable en esta resolución el protagonismo de la UE en la denominada *Economía Social de Mercado* dentro de **proceso de globalización**. Esa Economía Social de Mercado diferencia los siguientes requisitos:

- a) Responsabilidad individual.
- b) Cumplimiento del Estado de Derecho.
- c) Respeto de la persona y la propiedad privada.
- d) Transparencia.
- e) Integridad.

- f) Dignidad humana.
- g) Igualdad y libertad.
- h) Derechos fundamentales de los sindicatos y trabajadores.
- i) Buenas relaciones laborales.
- j) Acceso general a la educación
- k) Formación para hombres y mujeres
- l) Alto nivel de protección social.
- m) Asumir la cultura de la innovación y la cultura de la gobernanza por las PYMES

Los elementos claves sobre los cuales la UE construye su política sobre la globalización son los siguientes:

- a) Estructuras institucionales sólidas.
- b) Servicios públicos y servicios de interés general eficaces.
- c) Diálogo social y civil sólido.
- d) Inversión en capital humano.
- e) Calidad del empleo.

V. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN COM (2006) 136, DE 22 MARZO: «PONER EN PRÁCTICA LA ASOCIACIÓN PARA EL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO: HACER DE EUROPA UN POLO DE EXCELENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS».

Supone esta Comunicación la ratificación de la RSC o RSE por la UE, siendo voluntad de la Comisión potenciar políticamente la estra-

tegia de la RSC. Propone la creación de una Alianza Europea para la RSE. La Alianza instrumentará las iniciativas de RSE, nuevas o existentes, de las grandes empresas, las PYME y sus interlocutores. La Alianza es de naturaleza abierta, integrada por las empresas europeas de todos los tamaños de modo voluntario.

No se pretende que sea un instrumento jurídico, tampoco se exige la firma de las empresas, la Comisión o cualquier autoridad pública. No hay requisitos formales para declarar el apoyo a la Alianza ni la Comisión Europea no guardará la lista de las empresas que la apoyen.

La participación de la Comisión en la Alianza será seguir promoviendo la RSE de conformidad con los puntos mencionados en el apartado 5 de la presente Comunicación, lo que no debe implicar ninguna obligación financiera adicional para la Comisión. Se pretende que la Alianza constituya un Foro de difusión de los éxitos y experiencias que empresas han conseguido mediante la aplicación de la RSE .

VI. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005: « EL CAMINO HACIA LA SOCIEDAD EUROPEA DEL CONOCIMIENTO RELATIVA A LA CONTRIBUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA A LA ESTRATEGIA DE LISBOA ».

§ 8.4, enfatiza la gestión del conocimiento (formación, innovación e investigación) encontrándose integrada en la RSE.

VII. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN COM (2006) 502, DE 13 SEPTIEMBRE DE 2006, QUE PONE EN PRÁCTICA « EL CONOCIMIENTO: UNA ESTRATEGIA AMPLIA DE INNOVACIÓN PARA LA UE».

reiterando que las empresas mediante el ejercicio de la RSC podrán facilitar la absorción de la cultura de la innovación. *Las empresas son actores clave para crear más y mejores empleos en el Espacio Europeo Común del Conocimiento. Deberían anticiparse al cambio y gestionarlo realizando inversiones estratégicas en generación y aplicación del conocimiento.*

VIII. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN COM (2006) 249, DE 24 MAYO , PARA « PROMOVER UN TRABAJO DIGNO PARA TODOS. CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN A LA APLICACIÓN DE LA AGENDA DEL TRABAJO DIGNO EN EL MUNDO».

La Comisión destaca el papel fundamental de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) o Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) de las empresas, que complementa la legislación, la negociación colectiva y el control de las condiciones laborales.

Conecta la elaboración de los Códigos de Conducta con la implantación de la estrategia de la RSE , recomendando que en la confección de los mismos se plasmen los instrumentos acordados a nivel internacional (OCDE, OIT).

Pero concurre otra finalidad , la protección de la dignidad, que por ser un valor fundamental del art. 1.1º CE y art. 10.1º CE en relación con diversos Tratados internacionales , cobra una especial dimensión en su instauración y protección. Es la dignidad la que limita la acción omnívora de los titulares de las potestades burocráticas.

Junto a ello la Comisión propone trabajar con la sociedad civil y las empresas, interlocutores sociales, diálogo social y asociaciones, promoviendo:

a) El refuerzo de la capacidad técnica de los interlocutores sociales y de la sociedad civil;

b) El desarrollo de las instituciones, las prácticas y los mecanismos destinados a facilitar y reforzar el proceso de diálogo social, tanto bipartito como tripartito;

c) Una mayor implicación de los interlocutores sociales y de otros agentes de la sociedad civil en la gobernanza mundial (OMC, IFI), a semejanza del modelo consultivo de la OCDE;

d) La celebración de convenios colectivos transnacionales y de acuerdos marco mundiales.

NOTAS:

1 Observamos aquí una plasmación del principio de confianza recíproca, no en el ámbito jurídico, sino en el ámbito político. El fundamento de este principio se encuentra en otro, la buena fe.

2 Anexo xi.

3 http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/helping_busi_overcome2002_es.pdf

4 http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/docs/bus_grow_es.pdf

5 http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/transfer_business/transfer-brochure-es.pdf

6 http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/start-ups/help_guide/ct-25-99-980-es-c.pdf

7 La etiqueta sueca TCO (TCO Labelling Scheme) para material de oficina es una etiqueta voluntaria con la que se intenta animar a las empresas a producir material de oficina más seguro para los trabajadores y más respetuoso para el medio ambiente.

8 La Fundación Entorno es el representante en España del programa *European Eco-Efficiency Initiative* (EEEI) y en colaboración con sus socios europeos *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD) y *European Partners for Environment* (EPE), lideró en 1999 el desarrollo de estrategias eco-eficientes en el sector empresarial español.

9 Se exige como requisitos políticos para su cumplimiento:

*** Diálogo político.**

*** Políticas para la consolidación de la paz y la prevención y la resolución de los conflictos**

En este ámbito, la asociación se concentrará, en particular, en las iniciativas regionales y el refuerzo de las capacidades locales. Prevé también disposiciones destinadas a velar por que los recursos financieros no se desvíen de los objetivos de desarrollo. Las partes se comprometen a cooperar en la prevención de las actividades de los mercenarios, en la lucha contra la delincuencia organizada internacional y compartir experiencias para permitir la ratificación y la aplicación del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se comprometen también a intercambiar información sobre los grupos terroristas y a cooperar en la lucha contra la proliferación de las armas de destrucción masiva.

*** Respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos basados en el Estado de Derecho y gestión transparente y responsable de los asuntos públicos.**

Estos tres elementos representan los elementos esenciales de la asociación y el desarrollo sostenible. Se ha desarrollado un nuevo procedimiento en caso de violación de estos elementos que hace hincapié en la responsabilidad del Estado en cuestión.

*** Buena gestión de los asuntos públicos.**

Se ha establecido un nuevo procedimiento específico, que se aplicará en los casos graves de corrupción, y no sólo en aquellos que involucran fondos del Fondo Europeo de Desarrollo (FED) , sino también, más en general, en casos en cualquier país donde exista participación financiera de la CE y donde la corrupción constituya un obstáculo para el desarrollo.

10 La ACP se integra por los países de África, del Caribe y del Pacífico.

LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL EN LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS.

Ángel Quereda Tapia

Letrado del Gabinete Jurídico

Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. La organización territorial del Estado en la Constitución. 2. El sistema de distribución de competencias. 3. Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. 4. La cláusula de cierre. II. ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD. 1. Origen 2. Finalidad. III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. 1. Introducción. 2. El criterio de la competencia legislativa universal del Estado. 3. La justificación en el ejercicio por el Estado de un título competencial propio. 4. La negación de la validez del Derecho estatal en materia de competencia autonómica. 5. La negación de la producción de normas jurídicas meramente supletorias: las sentencias constitucionales 118/1996 y 61/1997. A) La STC 118/1996, de 27 de junio. B) La STC 61/97, de 20 de marzo. 6. Los efectos diferidos de las sentencias anulatorias hasta que la Comunidad Autónoma legisle. IV. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE EL VIGENTE CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Doctrina contraria a la vigente tesis jurisprudencial. 2. Doctrina favorable a la vigente tesis jurisprudencial. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Es objeto de estudio en el presente artículo, el origen, finalidad y justificación del la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, contenida en el artículo 149.3 de la Constitución Española, y su engarce en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Asimismo, se realiza en él un análisis sintético de la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, que partiendo, en sus primeras sentencias, del criterio de la competencia legislativa universal del Estado, llega al de la prohibición a éste de dictar normas supletorias careciendo de título competencial específico que le legitime para ello; pasando por la jurisprudencia que considera nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho en materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Finaliza el mismo con la opinión de la doctrina científica.

I. INTRODUCCIÓN

1. La organización territorial del Estado en la Constitución española.

La aprobación de la Constitución española de 1978 dio origen a un modelo de organización territorial que permitía superar la mera descentralización administrativa, y llegar, como así ha sido en todos los casos, a una verdadera distribución del poder político, que ha permitido la existencia de un ámbito de autonomía con facultades de autonomación y gestión, política y administrativa.

Efectivamente, el Título VIII de la Constitución abordó la cuestión de la organización territorial del Estado y la distribución del Poder político, regulando “el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” reconocido en el artículo 2.

Pero con esta regulación no estableció el mapa autonómico, ni impuso un listado de competencias obligadas de las Comunidades Autónomas ni prefiguró su organización. Se limitó a fijar un marco dentro del cual cada Estatuto establecería su organización y su propio ámbito competencial. Es lo que se ha denominado el principio dispositivo, de modo que serían las provincias las que decidirían organizarse en Comunidades Autónomas, y sus Estatutos los que establecerían su organización y competencias, siempre dentro del respeto al citado marco constitucional.

Posteriormente, y a partir de este marco genérico, se ha ido concretando el sistema, con una destacada labor en esta tarea del Tribunal Constitucional, y del consenso de los partidos políticos, que se concretaron en los Pactos Autonómicos de junio de 1981 y febrero de 1992.

El marco referido es, a grandes rasgos, el siguiente: se prevén, de forma transitoria, dos tipos de Comunidades Autónomas. Por un lado, las que podían acceder de modo inmediato, según lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Constitución, al techo máximo de autonomía, que se podía lograr por cualquiera de las dos siguientes vías:

A) Simplemente por haber plebiscitado en el pasado un régimen autonómico. Y así fue en el caso de Cataluña, el País Vasco y Galicia.

B) Superando un complejo listón contemplado en el artículo 151, con iniciativa reforzada y referéndum, y cuyos requisitos sólo logró Andalucía, con necesidad de una ley orgánica para sustituir la iniciativa de Almería, que no logró en el referéndum la mayoría requerida.

Para el resto de Comunidades Autónomas, que doctrinalmente fueron denominadas de segundo grado, y que accederían por la vía del artículo 143, la asunción del techo máximo de competencias no era inmediato y quedaba, según lo dispuesto en el artículo 148.2, diferido al transcurso de cinco años y condicionado a la modificación de sus Estatutos.

Hay que hacer mención al caso de Navarra que accedió por una vía diferente, amparada, no sin ciertas dudas, en la disposición adicional primera, sin necesidad del trámite de la iniciativa del proceso autonómico.

2. El sistema de distribución de competencias

Como ya he dicho, las Comunidades Autónomas gozan de una verdadera autonomía política, pivotando el modelo teórico final de distribución de competencias sobre el listado contenido en el artículo 149.1, en el que se recogen y enumeran las competencias del Estado.

La importancia de este precepto reside en el que en él se explicita el único ámbito competencial prefijado de forma imperativa, siendo el único límite a las competencias autonómicas. Téngase en cuenta que la Constitución no impone a las Comunidades Autónomas un listado competencial sino que establece sólo un marco dentro del cual funciona el principio dispositivo.

Si bien el precepto comienza siendo equívoco, porque el Estado no tiene sobre las materias de esa lista una competencia exclusiva y excluyente de las competencias de las Comunidades Autónomas. González Trevijano y Núñez Rivero¹ cuando se refieren a las competencias exclusivas del Estado enumeradas en el artículo 149.1 de la Constitución, dicen que “el juego real de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas desborda la aplicación automática de un esquema tan simple”, siendo necesario distinguir donde el Estado tiene una competencia exclusiva plena y donde tiene una competencia exclusiva relativa. Así, también, lo ha marcado el Tribunal Constitucional², a lo largo de la amplia lista de competencias es posible identificar donde el Estado goza de una competencia exclusiva plena, en la que no cabe participación competencial de las Comunidades Autónomas, y donde las Comunidades Autónomas pueden compartir la competencia con el Estado a través de las siguientes fórmulas:

A) Supuestos en los que el Estado dicta “leyes básicas” o “normativa básica” y las Comunidades Autónomas la pueden desarrollar mediante su propia legislación.

B) Supuestos en los que el Estado legisla y las Comunidades Autónomas únicamente ejecutan y aplican esa legislación estatal.

Por su parte el artículo 148 enumera un listado de competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir. Se identifica el término “pueden” con el llamado “principio dispositivo”, pudiendo las Comunidades Autónomas, en teoría, asumir todas las materias posibles, o sólo algunas, hacerlo en términos de exclusividad o de compartición y arrogarse todas las funciones posibles (legislar y ejecutar) vinculadas a las materias asumidas o sólo algunas.

En definitiva, y siguiendo a Álvarez Conde³, podemos decir, que los caracteres generales del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas son los siguientes:

A) Es flexible y abierto, impidiendo el principio dispositivo un sistema cerrado de delimitación competencial.

B) Es gradual y sucesivo, producto de una diversidad de Comunidades Autónomas, las cuales pueden ir ampliando sus competencias, estatutaria o extraestatutariamente.

C) Es heterogéneo, sin perjuicio de que, de forma excepcional, se establezcan mecanismos de homogeneización.

3. Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas.

Este modelo de organización territorial, del que subyace una verdadera descentralización política, lleva aparejada la facultad de que los Estatutos atribuyan potestades de naturaleza legislativa a las Comunidades Autónomas, como ha ocurrido en todos los casos.

Y esta facultad, que rompe el monopolio exclusivo del Estado para dictar normas con rango de ley, va a afectar seriamente al principio de jerarquía normativa sobre el que con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución se sostenía el ordenamiento jurídico.

El principio de jerarquía, que por supuesto queda intacto en cada uno de los grandes bloques ordenamentales (del Estado y de las Comunidades Autónomas) seguirá sirviendo para explicar alguna forma (aunque no ordinaria, desde luego) de relación entre las normas de uno y otro ente. Por lo demás, su pervivencia está más que asegurada por cuanto la propia Constitución se ha preocupado de consagrarlo como principio (artículo 9.3 La Constitución garantiza...la jerarquía normativa...)⁴.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los ámbitos legislativos de las Comunidades Autónomas no se manifiestan siempre de la misma forma. Siguiendo a González Trevijano y Núñez Rivero⁵, podemos decir que la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas se concreta en unos casos en el ejercicio de las competencias exclusivas, donde, a pesar de lo que pueda pensarse, son limitadas, y en la mayoría de los casos terminan siendo compartidas; en las competencias compartidas, en unos casos dentro del marco normativo previamente establecido por la Ley del Estado y, en otros, dentro del marco de la legislación básica que se aprobado por el Estado.

Este principio de jerarquía, de escasa fortaleza en las relaciones entre las normas del Estado y las de las Comunidades Autónomas, va a ser sustituido en gran medida por el principio de competencia.

Ahora la validez de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas va a depender, primariamente, de si éstas se han extralimitado de las competencias que se han asumido, y que sólo puede ser controlado por el Tribunal Constitucional.

4. La cláusula de cierre.

Como cierre al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución en su artículo 149.3 ha establecido las siguientes reglas:

1ª) Un *númerus apertus* con respecto al listado de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, en la inteligencia de que las materias no asumidas expresamente por el Estado podrán corresponder a aquéllas.

2ª) Una cláusula residual, según la cual todo lo no atribuido a las Comunidades Autónoma por sus Estatutos corresponderá al Estado.

3ª) Una cláusula de prevalencia, de primacía, en caso de conflicto, de la normativa del Estado sobre la de las Comunidades Autónomas. Eso sí siempre que no se trate de materia de competencia exclusiva de aquellas.

4ª) Y una cláusula de supletoriedad del Derecho estatal sobre el de las Comunidades Autónomas, que es el objeto específico de este trabajo

II. ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD

1. Origen.

Siguiendo a Tajadura Tejada⁶ podemos decir que la cláusula de supletoriedad tiene su origen en el Derecho privado, encontrando el precedente más próximo (para encontrar el más remoto quizá habría que retroceder hasta la Baja Edad Media) en el artículo 13 del Código Civil, que, con respecto a los derechos especiales y forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, preceptúa la supletoriedad de sus disposiciones en ausencia de normas especiales.

En las relaciones entre Derecho civil común y Derecho foral, las lagunas de éste son cubiertas con las regulaciones de aquél.

Esta técnica permitió en España resolver el arduo problema de la relación entre Derecho común y Derecho foral. En ella el Estado, con absoluto respeto a la norma foral, que pervive, conserva intacta su discrecionalidad legislativa.

Los debates parlamentarios que precedieron a la Constitución de 1978 confirman, a pesar de su parquedad, que esa manera problemática de articular la relación entre el Derecho estatal y los derechos forales, influyó a la hora de redactar el artículo 149.3 de la Constitución.

2. Finalidad

La finalidad del establecimiento constitucional de la cláusula de supletoriedad proviene en gran medida del principio dispositivo que rige el ejercicio del derecho a la autonomía, que determina que las Comunidades Autónomas, en primer lugar, no estén obligadas a asumir la competencia del desarrollo de la legislación básica del Estado, y, en segundo lugar, en el caso de que esta sea asumida, debe resolverse el problema de la falta de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de la legislación básica estatal.

Según Aja⁷ la regla de la supletoriedad del Derecho estatal responde a una doble justificación. Por un lado la construcción del Estado de las Autonomías parte de la existencia de un Estado, con un ordenamiento jurídico completo que va siendo desplazado de forma paulatina y desigual. En este proceso, el derecho estatal actúa como norma supletoria. Pero por otra parte, y con un valor permanente, puede pensarse en un Derecho estatal al que puede recurrirse en todo momento en busca de la sistematicidad y coherencia del sistema. Derecho que, como ya vimos, se reserva por el constituyente al ordenamiento superior del Estado en busca precisamente de esta integración.

García de Enterría⁸ entiende que la cláusula de supletoriedad asegura la composición unitaria de un verdadero sistema jurídico nacional, no obstante su fraccionamiento en ordenamientos territoriales autonómicos de cierta intensidad. Por encima, pues, de la presencia de una pluralidad de ordenamientos, la función básica y sistemática que dentro de dicha pluralidad corresponde al ordenamiento del Estado asegura al conjunto una unidad de sentido y de funcionamiento, que constituye por sí solo un importante valor social de integración. Lo cuál aún se asegura más con la unidad del aparato judicial llamado a la aplicación conjunta del ordenamiento común y de los ordenamientos autonómicos en todo el territorio nacional.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Introducción.

La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal a que alude el último inciso del apartado 3 del artículo 149 de la Constitución ha dado lugar a una doctrina del Tribunal Constitucional cambiante, que ha sufrido un proceso de evolución no siempre lineal y que de momento parece culminado.

Aunque no sea sencillo sintetizar los argumentos de esa compleja evolución puede decirse que, al principio, la doctrina constitucional pareció contundente. Pero que a medida que el Tribunal fue llamado reconsiderar la cuestión se dejó ver que esto no era así, y que lejos de estar consolidada esa inicial doctrina, estaba sufriendo con el tiempo un proceso de transformación importante.

Según Gómez Puente⁹ esa jurisprudencia evidencia una evolución progresiva que corre paralela a la definición y consolidación del Estado autonómico, llegando hasta posiciones radicalmente distintas a las mantenidas inicialmente.

2. El criterio de la competencia legislativa universal del Estado.

Inicialmente, y de forma implícita, entendía el Tribunal Constitucional que había una competencia legislativa universal del Estado. En la sentencia que resolvió las impugnaciones contra la Ley Orgánica del Proceso Autonómico (LOAPA), el Tribunal Constitucional sostuvo con toda rotundidad que “Las Cortes Generales como titulares de la potestad legislativa del Estado (art. 62.2 CE) pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin poseer un título específico para ello”¹⁰.

Ello era así aunque el artículo 149.3 no fuera propiamente un precepto atributivo de competencias sino una cláusula de cierre en un Estado compuesto para garantizar la plenitud del ordenamiento. La justificación de esta competencia legislativa universal tendría su soporte en el artículo 2 de la Constitución, que partiendo del principio de unidad de la Nación española viene a reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidad y regiones.

Cuestión distinta era que esa legislación estatal estuviera vigente en todo el territorio, es decir, en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa exclusiva en la materia que se tratara. Allí, en efecto, la legislación estatal, si bien nacida válida, no era aplicable más que con carácter supletorio porque la legislación autonómica tenía el poder de desplazarla y ser de prioritaria aplicación. Los conflictos competenciales se movían, por tanto, en ese terreno de la aplicabilidad y el Tribunal Constitucional, cuando declaraba la preferencia de la legislación autonómica, no solía añadir que la legislación estatal fuera nula, sino simplemente anulable en el ámbito territorial considerado.

Llegó a afirmar el Tribunal Constitucional que “Podrá decirse que esta declaración y otras en la misma línea de pensamiento se recoge en sentencias que han puesto fin a recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas y que respecto a ellas por la misma realidad de tratarse de ordenamientos particulares, o en otros términos vigentes tan sólo en una parte del territorio, el supuesto no es equiparable al caso de leyes del Estado, emanadas, por tanto, de una competencia legislativa que es de carácter general en la que propiamente no opera el límite territorial, y respecto de la cual, en el caso de competencia autonómica, la norma estatal actuará como norma supletoria, y fuera de las competencias legislativas autonómicas, en aquellos territorios en los que no se hayan previsto tales competencias o no se hayan asumido como norma directa”¹¹.

El entendimiento de la cláusula de supletoriedad en esos términos se justificaba, por tanto, además de por otros criterios más generales, por la heterogeneidad existente en las competencias autonómicas. Habiendo dos tipos de Comunidades Autónomas, no pudiendo las de segundo grado asumir más que un limitado abanico de competencias y rigiendo, además, el principio dispositivo, que permitía a cada Comunidad no asumir estatutariamente todas las funciones de una competencia, no era difícil que se diera una asimetría, esto es, Comunidades con legislación exclusiva y completa en una materia y Comunidades sin posibilidad alguna de legislar, habiendo decidido, explícita o implícitamente, no hacerlo. La cláusula de supletoriedad garantizaba la plenitud del Ordenamiento, entendida como acaba de exponerse en el párrafo anterior: la legislación del Estado contemplaba las lagunas o vacíos.

Con este planteamiento, que autoriza la existencia de un Derecho estatal en cualquier materia (incluso las asumidas por las

Comunidades Autónomas), la cláusula de supletoriedad cumplía una función estructural, de integración o implementación, respecto de los ordenamientos autonómicos. Permitía colmar sus lagunas jurídicas, tanto si estas resultaban de situaciones de pura anomía (ausencia total de legislación autonómica), como si no (oscuridad, ambigüedad o falta de plenitud de la legislación autonómica). Una función que, por consiguiente, bien podía considerarse como una técnica o instrumento a disposición del Estado para prevenir o combatir, mediante legislación de aplicación supletoria, las consecuencias de una eventual inactividad legislativa de las Comunidades Autónomas. En presencia de un deber autonómico de legislar, la previsión por el Estado de la legislación supletoria podía servir tanto de estímulo o compulsión para las Comunidades Autónomas que se hallaran en condición de legislar, como de dispensa temporal para las que no estuvieran en esa situación, dando respuesta, en uno y otro caso, a los inconvenientes de la falta de legislación autonómica¹².

3. La justificación en el ejercicio por el Estado de un título competencial propio.

Pero, poco a poco y con algunos altibajos, la doctrina constitucional se fue desplazando, abandonando la idea del título competencial universal a favor del Estado y trasladando el soporte de la producción normativa estatal en materia de competencia autonómica en títulos competenciales específicos con cobertura suficiente para justificarla. Se pasa, por tanto, del plano de la aplicabilidad al de la validez a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de ciertas leyes estatales impugnadas por las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional concluyó expresamente, con absoluto cambio de su criterio, que el artículo 149.3 “en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencia para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado”¹³.

El Tribunal Constitucional reconoce implícitamente este importante giro doctrinal y trata de justificar su cambio de opinión en el sustancial avance de la construcción del sistema autonómico producido durante el transcurso del tiempo¹⁴.

Pero, aún así, se va admitir la competencia estatal para aprobar normas supletorias sobre la base de otros argumentos: básicamente el de la existencia del algún título competencial del Estado y el de la heterogeneidad de las competencias autonómicas. En el primer caso, la existencia de una competencia estatal para legislar sobre lo “básico”

(artículo 149.1) autorizaría a completar y desarrollar dicha normativa básica con la consecuencia de que ese desarrollo podría ser de aplicación supletoria¹⁵. En el segundo, el argumento de la heterogeneidad competencial autonómica significa que el Estado puede legislar cuando una determinada materia no ha sido asumida con el mismo grado de homogeneidad por todas las Comunidades Autónomas. En este caso, en el ámbito de una Comunidad con competencias exclusivas la norma estatal tampoco podría declararse nula sino únicamente inaplicable, siendo nulas las normas que el Estado dicte con la exclusiva intención de crear derecho supletorio al de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencias de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad. No obstante la norma estatal no sería nula sino meramente inaplicable en la Comunidad recurrente¹⁶.

4. La negación de la validez del Derecho estatal en materia de competencia autonómica: la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1991, de 4 de julio.

Jurisprudencialmente el paso siguiente consistió en superar el criterio de la no aplicabilidad y negar la validez de la producción normativa estatal en materias de competencia autonómica. Se consideran “viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad”¹⁷.

Por lo tanto, es el Derecho que dicte el Estado en ejercicio de sus competencias el que tendrá carácter supletorio, sin que esta supletoriedad previsible legitime por sí sola su acción legislativa. Ni siquiera a falta de otro título, para derogar, modificar o complementar el Derecho estatal preexistente a la reasignación estatutaria de competencias, aunque quede por ello petrificado.

De este modo, el alcance de la cláusula de supletoriedad queda relegado al momento de aplicación del Derecho, no al tiempo de su producción que ha de tener lugar de acuerdo con las reglas materiales de

distribución competencial. Cuando el Estado pueda legislar en materias de competencia autonómica, no será en virtud del general principio de supletoriedad, sino por efecto de las concretas reglas de delimitación competencial que le atribuyan específicamente alguna competencia, plena o compartida.¹⁸

Importante justificación de la producción legislativa estatal es la ejercida para garantizar el cumplimiento de las normas de la Unión Europea sobre cualquier materia, incluidas aquellas que sean de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Como dice Goig Martínez¹⁹ "en el caso de que la Unión Europea dicte una directiva que se refiera a materias comprendidas en el ámbito de actuación de las CCAA, la normación precisa para su ejecución corresponderá a éstas, y si efectivamente se dictan las normas éstas serán de aplicación directa para llevar a cabo la ejecución de la obligación comunitaria. Pero para el supuesto de que la entidad territorial no ejerza la actividad normadora, el Estado debe aparecer facultado para aprobar esas normas, puesto que al suplir el derecho estatal al autonómico, sin que de ello se derive un aumento de poder por parte del Estado, puesto que éste sólo ha actuado ejerciendo la capacidad de acción propia que le otorga e impone la CE".

Así lo había reconocido el Tribunal Constitucional, que consideró que "A falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos"²⁰.

5. La negación de la producción de normas jurídicas meramente supletorias: las sentencias constitucionales 118/1996 y 61/1997.

Frente a esta última doctrina, el Tribunal ha operado un giro coperquiano en las dos sentencias mencionadas en el epígrafe. La sentencia de 27 de junio de 1996 anula la calificación de supletorias de las normas que con tal carácter se contenían en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 30 de julio de 1987. La sentencia de 20 de marzo de 1997, relativa al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, da un paso más puesto que tras anular la calificación de supletorias de las normas así concebidas, declara la inconstitucionalidad de todas ellas²¹.

A) La Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio.

Esta sentencia analiza la supuesta inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 16/1987, de 30 de junio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y anula la calificación de supletorias de las normas que con tal carácter se contenían en la misma.

En ella, el Tribunal Constitucional se plantea dos importantes cuestiones: la primera, la de aclarar si el Estado, careciendo de competencias específicas, puede dictar normas que valgan como Derecho supletorio; y la segunda, la de fundamentar si el legislador estatal está facultado para declarar supletorias las normas que dicte.

Para resolver estas cuestiones parte el Tribunal Constitucional, como núcleo central de su argumentación, de dos importantes consideraciones: la primera, ya consolidada, que la cláusula de supletoriedad no otorga al Estado una facultad universal de competencias; la segunda, que la supletoriedad que proclama el artículo 149.3 de la Constitución ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico.

Partiendo el Tribunal Constitucional en esta sentencia de la evolución jurisprudencial seguida hasta la STC 147/1991, y justificando esa evolución en el propio desarrollo del Estado autonómico, que ha llevado a todas las Comunidades Autónomas a asumir la competencia exclusiva de muchas materias, concluye determinado que la cláusula de supletoriedad no es más que una regla dirigida al aplicador del Derecho, que le permite colmar, cuando las haya, las lagunas del ordenamiento autonómico, y, por tanto, no comporta atribución competencial alguna. “Para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate”.

Pero ahora incluso el Tribunal Constitucional se opone a lo que antes había implícitamente permitido: que el legislador estatal pueda dictar normas supletorias aún en el caso de materias compartidas, pues considera que “tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el

tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las CCAA, producir normas jurídicas, meramente supletorias, pues tales normas, no constituyendo la cláusula de supletoriedad título competencial alguno, representan una vulneración del orden constitucional de competencias”.

Y siendo esto así, en esta materia de transportes, el Estado sólo puede dictar normas sobre transportes intercomunitarios, o normas aplicables a transportes pero fundadas en títulos competenciales distintos, y en el supuesto de que se produzca una laguna el aplicador del Derecho podrá utilizar estas normas para colmarla, normas que son válidas por haber sido dictadas en el marco de las competencias propias del Estado.

De esta forma el Tribunal Constitucional da salida a la segunda cuestión que se había planteado y niega al Estado la facultad de declarar de aplicación supletoria las normas que dicte.

Lo único, por tanto, que autorizaría la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución sería a aplicar, que no producir, el Derecho estatal cuando el ordenamiento autonómico presente alguna laguna que no pueda ser llenada conforme a su propia normativa.

B) La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional declara inconstitucional buena parte del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Considera la misma inconstitucionales un buen número de preceptos, casi 200, que tenían carácter supletorio, y no hace otra cosa en ella sino reiterar la doctrina ya sentada. Si “todos los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no pueda dictar normas supletorias al carecer de título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad”.

Va más allá de lo proclamado en la dictada como consecuencia de la impugnación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y no solo rechaza la supletoriedad dictada en ausencia de competencias en la materia sino que tampoco admite la dictada en otro título competencial distinto que pueda incidir sobre esa materia.

Además, y esto tampoco lo había hecho el Tribunal Constitucional con anterioridad, declara nulas todas las disposiciones del Texto Refundido de la Ley del Suelo calificadas de supletorias por el sólo hecho de revestir tal carácter.

6. Los efectos diferidos de las sentencias anulatorias hasta que la Comunidad Autónoma legisle.

Con posterioridad a la Sentencia 61/1997 se produjo otra sentencia que, aunque no sea directamente, incide ciertamente en el tema. Se trata de la Sentencia 195/1998, de 1 de octubre, que declara inconstitucional por falta de competencia la Ley Estatal 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural las marismas de Santoña y Noja, en Cantabria. Pero lo importante para el caso no son las razones de la inconstitucionalidad de la ley sino el hecho de que el Tribunal Constitucional, para no dejar desprotegidas las marismas, declara que la inconstitucionalidad no es inmediata y difiere los efectos de su sentencia al momento en que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición que cumpla esa finalidad.

Esta doctrina, aunque excepcional es importante porque, en el fondo, conecta con la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal. Posponer los efectos anulatorios de la Sentencia al momento en que la Comunidad dicte su propia normativa significa en la práctica atribuir provisionalmente vigencia y eficacia supletoria a una ley estatal dictada sobre ámbitos de competencia autonómica respecto de los que la Comunidad no la ha ejercido; vigencia que, además, no está supeditada temporalmente, y que durará todo el tiempo que dure la situación, hasta que la Comunidad legisle.

IV. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE EL VIGENTE CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Doctrina contraria a la vigente tesis jurisprudencial

Como hemos visto el Tribunal Constitucional considera que el artículo 149.3 de la Constitución no autoriza al Estado a producir legislación supletoria en materias de competencia autonómica. Pero esta jurisprudencia no es aceptada plenamente por la doctrina científica y ha sido contestada, además de por un voto particular emitido por el Magistrado Manuel Jiménez de Parga en la STC 61/1997, por diversos autores, constitucionalistas y administrativistas.

Gómez Puente²² considera, siguiendo en gran medida la tesis del voto particular de Manuel Jiménez de Parga, en primer lugar, que por las características propias de la técnica de compartición competencial, resulta difícil negar que el título estatal para legislar las bases no lleve implícita la facultad para desarrollarlas con carácter meramente supletorio, puesto que cuando la competencia es compartida, la inactividad legislativa autonómica puede perjudicar o neutralizar la propia actividad legislativa del Estado, impidiendo el desarrollo y ejecución de la legislación básica.

El referido autor sostiene que lejos de vulnerar la Constitución, la legislación supletoria es una garantía de la efectividad de la legislación (básica) del Estado. En materias compartidas, por consiguiente, el Estado retendría facultades para legislar más allá de las bases, aunque sólo supletoriamente, en garantía de la propia efectividad de su legislación básica.

García de Enterría²³ considera que la nueva posición del Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad es gravemente errónea y de necesaria rectificación en defensa de principios constitucionales esenciales. Opina este autor que esta doctrina jurisprudencial invierte el sistema de distribución competencial, pues a su entender son las Comunidades Autónomas las que requieren un título específico de atribución de competencias normativas, pues sólo esas competencias normativas limitan la competencia universal del Estado derivada del artículo 66 de la Constitución. Pero es que, además, cuando el Estado dicta Derecho supletorio no invade, condiciona o limita

competencia autonómica alguna, puesto que la Comunidad o Comunidades Autónomas afectas mantienen íntegra su libertad para desplazar, con su propia normativa, las normas dictadas como supletorias por el Estado.

Goiz Martínez²⁴ entiende “que no es el principio de competencia el que debe regir, con exclusividad las relaciones entre la actuación estatal y la autonómica sino que el Estado debe dar efectividad al principio de obligación en el cumplimiento de sus funciones, principio que entendemos básico en todo Estado de Derecho, predicable tanto al Estado como a las CCAA y que, aunque tácitamente deducible del principio de constitucionalidad que debe regir toda la actuación de los poderes públicos está expresamente manifestado en el artículo 9.1 CE...”

2. Doctrina favorable a la vigente tesis jurisprudencial.

La doctrina jurisprudencial sentada por las SSTC 118/1996 y 61/1997 ha tenido una favorable acogida por los sectores doctrinales críticos con la interpretación doctrinal de la cláusula de supletoriedad. Estos en nombre del “principio de competencia” afirmaban que la cláusula de supletoriedad desnaturalizaba el sistema autonómico.

Entre ellos cabe destacar a Leguina Villa²⁵, que estima que lo que hace el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas es “restaurar el principio de competencia y devolverlo al lugar central en que la Constitución y los Estatutos de Autonomía lo han situado para ordenar las relaciones entre los órganos generales del Estado y las Comunidades Autónomas. Se trata, por tanto, de volver a la normalidad, a una normalidad gravemente rota por una aplicación expansiva de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal”.

En la misma tesis se alinea Torres Muro²⁶ que defiende la nueva doctrina del Tribunal Constitucional rechazando que el Estado, en nombre del principio de competencia, tenga potestades normativas ilimitadas. Conforme a las categorías típicas del estado federal, que Torres Muro considera aplicables al modelo español, “sólo sería supletorio el Derecho del Estado que hubiese sido aprobado respetando estrictamente el reparto de competencias establecido en el bloque constitucional”.

REPERTORIO BIBLIOGRÁFICO

-GONZÁLEZ TREVIJANO, P. Y NÚÑEZ RIVERO, C., El Estado Autonómico. Principios, organización y competencias, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1998.

-ÁLVAREZ CONDE, E., Curso de Derecho Constitucional, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1993.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., Curso DE Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1997.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Estudios sobre autonomías territoriales, Civitas, Madrid, 1985

-MUÑOZ MACHADO, S., Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1981.

-TAJADURA TEJADA, J., La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000.

-GÓMEZ PUENTE, M., “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico” en Revista española de Derecho Administrativo, nº 98, abril/junio 1998.

-GOIZ MARTÍNEZ, J.M., “La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales” en Teoría y Realidad Constitucional nº 5, 1º semestre 2000.

-GOIZ MARTÍNEZ, J.M, y otros, El sistema constitucional español según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Universitas, Madrid, 2004.

-AJA, E., El Sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Tecnos, Madrid, 1985

-ÁLVAREZ CONDE, E., Las Comunidades Autónomas, Editora Nacional, Madrid, 1980

-BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los conflictos normativos entre el Derecho y el Derecho autonómico en Revista de la Cortes Generales”, nº 19, 1990.

-BALAGUER CALLEJÓN, F., “La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal”, en Revista de Administración Pública, nº 26, 1990

-GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 95, julio-septiembre 1997.

NOTAS

1 GONZÁLEZ TREVIJANO, P. Y NÚÑEZ RIVERO, C, El Estado Autonómico. Principios, organización y competencias, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1998, pp. 167 y ss.

2 STC 1981/32, de 31 de marzo, entre otras

3 ÁLVAREZ CONDE, E., Curso de Derecho Constitucional, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1993, p. 411

4 MUÑOZ MACHADO, S., Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1981, p. 55

5 GONZÁLEZ TREVIJANO, P. Y NÚÑEZ RIVERO, C, El Estado Autonómico..., op. cit. pp. 186 y 187

6 TAJADURA TEJADA, J., La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000, p. 23

7 AJA, E., El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Tecnos, Madrid, 1985, p.127

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Estudios sobre Autonomías Territoriales, Civitas, Madrid, 1985, p.369

9 GÓMEZ PUENTE, M., “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico” en Revista española de Derecho Administrativo, nº 98, abril/junio 1998, pp. 216 y 217

10 STC 76/1983, de 5 de agosto

11 STC 49/1984, de 5 de abril

12 GÓMEZ PUENTE, M., Op. cit., p. 218

13 STC 15/1989, de 26 de enero

14 TAJADURA TEJADA, J., La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000, p. 68

15 STC 214/1989, de 26 de diciembre

16 STC 147/1991, de 4 de julio

17 STC 147/1991, de 4 de julio

18 GÓMEZ PUENTE, M., “Supletoriedad del Derecho estatal...op. cit., p. 221

19 GOIZ MARTÍNEZ, J.M., “La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales” en Teoría y Realidad Constitucional nº 5, 1º semestre 2000, p.191

20 STC 147/1991, de 4 de julio

21 TAJADURA TEJADA, J., La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000, p. 82

22 GÓMEZ PUENTE, M., “Supletoriedad del Derecho estatal...”, op.cit., p.223 y ss.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Una reflexión sobre la supletoriedad, p.411

24 GOIZ MARTÍNEZ, J.M., “La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales” en Teoría y Realidad Constitucional nº 5, 1º semestre 2000, p.193

25 LEGUINA VILLA, J.”El principio de competencia... p.14

26 TORRES MURO, I, “La doctrina del Tribunal Constitucional...p. 167

REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA DEL SISTEMA AUTONOMICO DE FINANCIACION Y, EN PARTICULAR, DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE CASTILLA-LA MANCHA (*)

M^a Esther Sánchez López

Profra. Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Centro Internacional de Estudios Fiscales de la Universidad de
Castilla-La Mancha (www.uclm.es/cief)

RESUMEN

Nos encontramos inmersos en un momento de profundas reformas estatutarias y de reestructuración, en consecuencia, del sistema de organización territorial en España.

Reformas que afectan, entre otros aspectos, al dedicado al sistema de financiación, encontrándose entre las mismas la del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha que, en el momento de escribir estas páginas, se encuentra todavía en fase de tramitación.

Modificaciones, en efecto, que, en referencia específica a la concreción del sistema de financiación, y a partir del carácter abierto con que la Constitución Española quiso delimitar esta materia en su Título VIII, han vuelto a reabrir el debate en torno a diversos temas tales como las *relaciones entre Constitución, LOFCA y Estatutos de Autonomía*. Tema complejo del que nos hemos ocupado en la primera parte de nuestro trabajo y del que derivan otros, tales como el alcance de la función del Estado en relación con el diseño del marco general del sistema tributario o la posibilidad de que un Estatuto de Autonomía pueda establecer su propio modelo de financiación.

Cuestiones todas ellas que abordamos junto a la del examen, en la segunda parte de nuestro artículo, de los aspectos más relevantes de la *Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha* en materia de financiación autonómica.

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. LA LOFCA Y LOS ESTAUTOS DE AUTONOMIA. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN CURSO. III. EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMIA DE CASTILLA-LA MANCHA. IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

INTRODUCCION

Nos encontramos, en el momento de escribir estas páginas, ante una situación de profundas reformas estatutarias (y de reestructuración, por ende, del sistema de organización territorial en España) habiendo sido algunas de ellas ya aprobadas¹ y encontrándose otras en curso de tramitación. Reformas que, siendo obvio decirlo, afectan de manera fundamental al capítulo dedicado al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, encontrándose presente el debate en torno a este tema en la mayoría de los Estatutos modificados o en proceso de aprobación², siendo ésta la situación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha³, debiendo tener en cuenta, en este sentido, que, como ha declarado ALVAREZ CONDE, “la cuestión de la financiación autonómica afecta no sólo a la naturaleza de nuestro modelo de estado, sino a la propia pervivencia del mismo y al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos”⁴.

Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en torno a la cual van a girar, por tanto, nuestras consideraciones a lo largo de las páginas que siguen si bien, como no podía ser de otra manera, y de cara a una justa comprensión de las cuestiones abordadas, vamos a situar el estudio del mismo en el *contexto* diseñado por los nuevos Estatutos de Autonomía. Y ello debido a que son dichos textos estatutarios los que, en principio, van a marcar, desde nuestra perspectiva, buena parte de las directrices que guíen la redacción de la nueva Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA), cuya modificación se augura más que previsible en un futuro cercano, sin perjuicio de hacer referencia desde este momento a las *complejas relaciones* existentes entre dicha Ley Orgánica, la Constitución y los propios Estatutos de Autonomía acentuadas, aun más, si cabe, en los momentos presentes

debido al contenido de algunos de los preceptos de los Estatutos ya aprobados y, en particular, y como es de todos conocido, el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Idea, pues, a la que, en esta introducción, es preciso añadir otras que van a conformar, junto a la anterior, los *pilares* que van a sustentar buena parte de las consideraciones o reflexiones que se irán esbozando en este estudio, siendo necesario advertir, con carácter preliminar que, sin perjuicio de la imbricación existente especialmente en el ámbito de la financiación de las Comunidades Autónomas, entre cuestiones políticas y jurídicas, el presente estudio pretende centrarse en este último ámbito tomando como *referencia*, como no podía ser de otra manera, lo dispuesto en nuestro *Texto constitucional*.

Así, debe hacerse referencia, en primer lugar, a una idea que, no por conocida, debe perderse de vista. Se trata del *carácter abierto* de nuestro sistema autonómico de financiación que, como con acierto declaró MARTIN QUERALT hace ya algún tiempo, se encuentra “*en permanente estado constituyente*”⁵. Afirmación que compartimos, no solamente desde la consideración, por todos conocida, de que el legislador constitucional dejó intencionadamente abierto el tema de la financiación de las Comunidades Autónomas⁶, sino porque entendemos, además, en contra de algunas opiniones doctrinales, que es *constructivo*, dentro de los límites adecuados, que la financiación autonómica no se considere un tema *cerrado*⁷ sino, más bien, y dentro de lo razonable, en *constante evolución* (como no lo es, por otra parte, casi ninguno en el mundo del Derecho)⁸. Es así, por tanto, que nuestro estudio y, en consecuencia, cualquier reflexión que hagamos tanto acerca de la situación actual de nuestro sistema autonómico de financiación como, sobre todo, de las perspectivas de su reforma creemos que *debe partir de la Constitución Española* (en adelante, CE)⁹, tal como se señaló al comienzo, lo que no obsta a que en algunos casos pueda –y deba– acudir a una *interpretación evolutiva*¹⁰ de dicho Texto acorde con la marcha emprendida por la financiación autonómica en España. Todo ello sin perjuicio de entender, además, que en dicha Norma Fundamental se contienen los *mimbres*, al mismo tiempo que los *límites*, en orden al diseño del modelo constitucional de financiación autonómica que resulte adecuado en cada momento; modelo, por otro lado, en cuya configuración es preciso respetar, además, las exigencias y limitaciones derivadas de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea. Idea a la que de añadirse, en otro orden de cosas, que la *adaptación* de dicho modelo de financiación, según todo lo expuesto, debe realizarse desde la ineludible perspectiva

del “*engarce* entre las potestades estatales y las autonómicas, derivado del reparto territorial del poder constitucionalmente ordenado”¹¹, a que más adelante se hará referencia.

Se trata de afirmar, a nuestro juicio, y dentro de este contexto, la *naturalidad* con que debe entenderse y afrontarse la reforma de los Estatutos de Autonomía apareciendo como “una manera de actualizar la autonomía para que ésta no se encorsete y deje de responder a las necesidades de una generación y las posteriores”¹² y, más específicamente, y en lo que se refiere al aspecto financiero, como una forma de ir *concretando* en el tiempo el contenido del Título VIII de la Constitución en materia de financiación autonómica, encontrándonos, en consecuencia, ante un nuevo momento constituyente del Estado autonómico que es preciso aprovechar para que signifique, en todo caso, un nuevo paso *firme* adelante en este ámbito. Idea que no obsta, por otra parte, para afirmar, junto a MARTIN QUERALT, la *estabilidad* a que debe aspirar la configuración del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas¹³ por lo que el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía en que nos encontramos inmersos y, en concreto, el de la región castellano-manchega, pensamos que debe aspirar a la mencionada estabilidad a través de la *coherencia* de las modificaciones introducidas en relación con las demandas y necesidades económicas, políticas y sociales a que debe dirigirse a satisfacer la modificación del Estatuto de cada Comunidad Autónoma.

Inexistencia, por tanto, de un modelo cerrado de financiación en el ámbito autonómico que acentúa más, como ha señalado LOZANO SERRANO, “la necesidad de que la jurisprudencia constitucional coadyuve a definir constitucionalmente el contenido, el alcance y los límites de esas reglas de integración”¹⁴.

Sistema de financiación, que ha *avanzado* notablemente a lo largo de estos años de vigencia del Estado de las Autonomías, desde una dependencia casi total respecto a las transferencias estatales hasta un alto grado de corresponsabilidad, iniciado fundamentalmente a partir de la reforma llevada a cabo en 1996 (que se ha hecho pivotar, esencialmente, sobre la cesión de tributos) encontrándonos, por otro lado, ante un *sistema mixto* de financiación que admite múltiples modulaciones¹⁵, como ha destacado la doctrina, (por oposición a los denominados de *separación* -donde las fuentes de financiación se reparten entre el Gobierno central y el autonómico- y de *unión* -donde el gobierno establece los impuestos-) y que recoge rasgos de los dos anteriores debiendo constatar, no obstante, que el grado de dependencia de los instru-

mentos de financiación estatales aún continúa siendo excesivamente elevado en relación con algunas Comunidades Autónomas.

En segundo término, y volviendo a recordar la *imbricación* existente en el tema de la financiación de las Comunidades Autónomas entre cuestiones de índole política con otras de carácter jurídico, pensamos que no es ocioso destacar que “la Administración del Estado tiene el deber y la responsabilidad de desarrollar una función redistributiva demandada por los principios que el artículo 31 de la CE proclama en relación, respectivamente, con los ingresos públicos (los tributos) y los gastos públicos”. Función que conduce a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, en cuya realización se encuentran implicados todos los poderes públicos, aunque al Estado le corresponda una “responsabilidad especial”¹⁶, derivada del contenido del artículo 138 de la CE¹⁷. Esto es, “la equidad ha de estar presente en la conformación de todos los sistemas financieros, pero en los Estados compuestos adquieren una significación especial, dada la distribución de funciones y recursos entre los diversos niveles de gobierno que los integran, lo que obliga a que haya un garante último, el Gobierno central, de que todos los ciudadanos reciben un trato igual, tanto en los servicios que reciben como en la carga fiscal que soporten”¹⁸.

Garantía de la *solidaridad* que debe poder encontrar el *equilibrio* (lo que no siempre resulta sencillo) con el principio de *autonomía*, encontrándose ambos consagrados en el artículo 2 de la CE¹⁹. Sentido en que debe señalarse que parece haberse impuesto como norma en los Estatutos ya aprobados y en los que se encuentran en curso de tramitación la alusión en los mismos a estos principios²⁰, lo cual no hace sino reafirmar (sin añadir nada nuevo, desde nuestra perspectiva) lo ya establecido por parte de nuestro Texto constitucional. Así, por ejemplo, declara el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en su artículo 159.2, que:

“La financiación de la Junta de Comunidades se rige por los principios de autonomía y suficiencia financiera así como por los de multilateralidad, coordinación, solidaridad, transparencia y lealtad institucional con las demás administraciones públicas”.

Principio de autonomía que, apareciendo, efectivamente, como *conditio sine qua non* del tema autonómico debido a que es evidente que sin autonomía no cabe hablar de “competencias financieras autonómicas”²¹ tiene una doble dimensión que, como acertadamente ha destacado

LOZANO SERRANO, parte desde la consideración de la imposibilidad de entender la autonomía “como un ámbito de poder independiente o fundado en la soberanía” sino como “el modelo o esquema jurídico en que ‘se organiza territorialmente el Estado’, a tenor de lo dispuesto en el artículo 137 de la CE. Consideración de la que se deriva que “para definir su ámbito hay que acudir tanto a su *contenido interno*”, esto es, “la gestión de sus respectivos intereses”, según reza el precepto anteriormente citado (para lo que, evidentemente, y desde nuestra perspectiva, se requiere autonomía financiera, a cuya efectividad se dirige el contenido del artículo 157.1 de la CE, encargado de enunciar los recursos con que cuentan dichos entes territoriales) “como a las relaciones y reglas de conexión con el Estado y el resto de entes territoriales que lo integran”²².

Doble perspectiva, pues, que, a nuestro juicio, *perfila los criterios* que deben guiar cualquier reforma de los Estatutos de Autonomía que se pretenda llevar a cabo en el seno del ordenamiento jurídico español, cuya efectividad, por otra parte, no siempre resulta sencilla de lograr, tal como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de estos más de 25 años de vigencia del sistema de financiación autonómica.

II. LA LOFCA Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN CURSO

Si bien no se trata de una cuestión nueva sí parece cierto que, en el momento presente, ha adquirido una significación especial la cuestión del análisis de la *necesidad* de una Ley Orgánica que regule la financiación de las Comunidades Autónomas, detrás de lo cual pensamos que se encuentra tanto el tema de las *relaciones* entre ambas clases de normas, esto es, la LOFCA y los Estatutos de Autonomía y, aún más, la cuestión de la suficiencia de los Estatutos en orden a la organización básica de la Hacienda autonómica, así como la *interpretación* misma del artículo 157.3 de la CE, a cuyo tenor se establece, entre otras cosas, que “*Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el apartado 1...*”.

Cuestiones, efectivamente, cuyo enjuiciamiento debe pasar, a nuestro modo de ver, por la realización de una serie de consideraciones previas.

En primer lugar, como es sabido y así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, ambas clases de Normas forman parte del llamado *bloque de la constitucionalidad*²³ (configurándose como una categoría normativa intermedia entre la Constitución y el resto de leyes, incluidas las orgánicas, tal como viene sosteniendo la mayoría de los iuspublicistas españoles) siendo, en este sentido, significativas las palabras de SOLOZABAL ECHAVARRIA cuando afirma que “el entendimiento de muchos de los problemas de las reformas estatutarias, en concreto de su alcance y límites, depende de una correcta comprensión de la naturaleza del estatuto de autonomía, en concreto de su condición de *norma constitucional*”²⁴. Condición, y ello es necesario aclararlo junto al autor anteriormente mencionado, que no significa que los Estatutos sean Constitución pero sí que ostentan “casi” este rango en el sentido de *completar* “la ordenación territorial que la Constitución configura y comienza”²⁵, siendo conocido, por otro lado, que el Estatuto constituye, dentro del ordenamiento autonómico, “la norma institucional básica”, esto es, “la primera norma de tal sistema dentro del marco constitucional, pues ella procede a la configuración política de la comunidad territorial, siendo expresión de su identidad y organizando su autogobierno”²⁶ (línea en que se sitúa el artículo 147.1 de la CE).

Idea, a partir de la cual, se plantea, en segundo término, la cuestión de la *relación* existente entre Constitución y Estatuto de Autonomía²⁷ centrándose el problema, en este aspecto concreto, y en lo que en estos momentos nos interesa, en determinar *hasta dónde* pueden llegar los Estatutos a la hora de acotar el alcance tanto material como funcional de las competencias autonómicas.

Tema que se ha sido también objeto de un intenso debate en el seno de nuestra doctrina, fundamentalmente constitucional y administrativa, debiendo señalar, en este sentido, y sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por los distintos autores (cuya exposición excede las pretensiones y la finalidad perseguida a través de la presente introducción), que “afirmar que la Constitución ya ha atribuido al Estado sus competencias, no excluye *a radice* la posibilidad de que los Estatutos de autonomía delimiten o concreten indirectamente los aspectos que han quedado constitucionalmente abiertos”²⁸. Declaración que, a nuestro juicio, se presenta coherente con el carácter casi constitucional de los Estatutos, en el sentido más arriba indicado, de *completar* en los aspectos que proceda la ordenación territorial contenida en la Constitución y ello, aunque parezca obvio decirlo, siempre dentro de los márgenes constitucionales siendo cuestión distinta, y es aquí donde reside fundamentalmen-

te el debate, la determinación de cuáles sean dichos aspectos²⁹, en el caso de admitir, efectivamente, que éstos necesiten ser delimitados o concretados.

Cosa diversa de lo anterior, de otro lado, es el hecho de que los Estatutos, si bien pueden precisar los ámbitos materiales y funcionales de sus competencias, según se viene afirmando, no pueden definir, sin embargo, los ámbitos competenciales estatales, aunque es cierto, como ha señalado VIVER I PI SUNYER, que “al delimitar el alcance de la competencia autonómica el Estatuto influye en el alcance de las competencias estatales colindantes”³⁰.

Siendo, por tanto, misión de los Estatutos de Autonomía la *atribución de competencias* a las Comunidades Autónomas, tal como se deriva del contenido del artículo 147.3 de la CE³¹, y centrándonos ya en el ámbito de la financiación autonómica, no cabe otorgar esta función a la LOFCA, como sostiene una parte importante de nuestra doctrina³², encontrándose la finalidad de aquélla dirigida, más bien, a *regular y coordinar* su ejercicio³³, no siendo, por tanto, en principio, necesaria esta Norma en orden a *delimitar* el alcance de las competencias financieras autonómicas. Dicho con palabras de LOZANO SERRANO, “esta ley Orgánica del art. 157.3º es, en el diseño constitucional del ordenamiento jurídico, una ley de coordinación financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas, extendiendo su ámbito al ejercicio de las competencias respectivas, a las formas de colaboración entre ellos y a la resolución de eventuales conflictos. Pero no es, en cambio, (...) una ley reguladora del poder financiero autonómico ni mucho menos una norma limitativa del mismo”³⁴.

Momento en el cual, es preciso hacer alusión a dos interrogantes que no son nuevos en el ámbito de nuestra doctrina. El primero de ellos, y el que plantea menos conflictos, hace referencia al *carácter necesario* de esta Norma. Cuestión que encuentra respuesta a partir del tenor mismo del artículo 157.3 de la CE, precepto que, como es conocido, utiliza la expresión “podrá”, siendo, en consecuencia, el Estado, en cuanto titular del diseño del sistema tributario general, a quien corresponda decidir la creación o no de la mencionada Ley Orgánica³⁵. Opción, en consecuencia, cuya utilización debe ser valorada por el Estado habiendo sido efectivamente utilizada por el mismo, como sabemos, con la finalidad, proclamada por el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos, “de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico” (STC 68/1996, F.J. 9º)³⁶.

La segunda de la cuestiones apuntadas se incardina en el polémico tema de las *relaciones* entre Estatuto de Autonomía y LOFCA. Dicho en términos más concretos, se trata de analizar si una norma general, como en este caso la LOFCA, puede verse *excepcionada*, como ha señalado, entre otros autores, PAGES I GALTES, “por una decisión del Estado adoptada de forma paccionada con una Comunidad Autónoma a raíz de la aprobación de su Estatuto autonómico”³⁷ o, dicho de modo más amplio, hasta qué punto existe o cabe defender una *vinculación* entre la LOFCA y los Estatutos de Autonomía, entendida en términos de *supremacía* de aquélla. Cuestión que ha dividido a la doctrina, según se señalará a continuación, pareciéndonos mayoritario el sector que aboga por la adopción de una respuesta negativa en relación con esta cuestión que, en los últimos tiempos y, como señalaremos más adelante, se ha concretado específicamente en el debate suscitado a raíz de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Así, en efecto, una parte de los autores que se han ocupado de estudiar este tema, entienden que no es de recibo que “una decisión unilateral del Estado dictada para el general de Comunidades autónomas no pueda verse excepcionada posteriormente por una decisión del Estado adoptada de forma paccionada con una Comunidad Autónoma a raíz de la aprobación de su Estatuto autonómico”³⁸. Cuestión a la que F. PÉREZ ROYO contesta en esta misma línea, afirmando la admisibilidad, desde el punto de vista constitucional, de que un Estatuto configure expresamente un sistema específico de financiación que implique una derogación singular de la LOFCA. Y ello porque la Ley Orgánica del artículo 157.3 de la CE “no es una norma de atribución de competencias, un *prius* para el ejercicio del poder tributario a las Comunidades Autónomas”, teniendo éstas reconocida su potestad de establecer tributos y de adoptar medidas tributarias, en general, directamente en la Constitución, “la cual no prohíbe que esta facultad se ejerza en los términos que marque el Estatuto, aunque sí que reserva al Estado la posibilidad de dictar normas de armonización mediante Ley Orgánica”, y ello con el único límite de que ese régimen específico no entrañe privilegios económicos³⁹.

Opiniones frente a las cuales cabe destacar, entre otras, la de ESCRIBANO LÓPEZ, quien expresa sus “serias dudas” en relación a la solución anterior en base, fundamentalmente, a dos argumentos. En primer lugar, y una vez que la LOFCA ha pasado de ser una “posibilidad”, como preveía la Constitución, a ser una “realidad insertada en el bloque de la constitucionalidad”, tiene atribuida, tal como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, “la función de [delimitar]

el concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera (F.J. 9 STC 68/1996, por todas)". Por otro lado, el segundo de los argumentos esgrimidos por dicho autor se basa, en esencia, en el hecho de que la posibilidad defendida por el sector doctrinal anteriormente citado, "se enfrentaría frontalmente", a su juicio, "con el mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico"⁴⁰, a que hace referencia la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que provocaría, además, "una especie de carrera generalizada y emuladora de algunas CCAA –las de mayor capacidad económica-, en beneficio de su autonomía financiera, mas, al tiempo, en perjuicio de las de menor capacidad, en manifiesto detrimento del principio de solidaridad", añadiendo que "un mínimo de homogeneidad es inevitable para impedir que ese fenómeno que acabo de señalar pueda producirse"⁴¹.

Opiniones que, como algunos de los propios autores citados reconocen, no se encuentran en ningún momento cerradas y que nosotros no nos atrevemos a enjuiciar sino tan sólo a efectuar algunas consideraciones en torno a las mismas.

De este modo, desde nuestra perspectiva, y reconociendo aspectos positivos a los dos bloques de opinión señalados, nos atrevemos a señalar que la cuestión suscitada debe partir de un *análisis constitucional* de las relaciones entre LOFCA y Estatutos de Autonomía, desde una interpretación que no solamente tenga en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sino, además, un entendimiento *actualizado* de dichas Normas a la luz de los *valores* perseguidos por la Constitución a través de las mismas. Perspectiva en la cual debe *insertarse* tanto el papel *homogenizador* de dicha Ley Orgánica, a cuya finalidad debe dirigirse una vez promulgada, así como el *carácter paccionado* de los Estatutos de Autonomía entre el Estado y la respectiva Comunidad Autónoma⁴² y, "en consecuencia, su carácter de norma indisponible *unilateralmente* tanto por el Estado como por la Comunidad Autónoma"⁴³ que, quizá, y en línea de principio, pudiera oponerse a la idea anterior, teniendo en cuenta que el Estatuto de Autonomía es promulgado por el propio Estado, reconociéndolo y amparándolo como parte integrante de su ordenamiento jurídico, tal como se proclama en el artículo 147.1 de la CE⁴⁴, a partir de lo cual, y en consecuencia, si contiene alguna excepción a la LOFCA, podría entenderse legitimada desde el Estado mismo. Situación, por tanto, a la que habría que buscar una solución conciliadora.

Por consiguiente, y desde un *razonamiento estrictamente jurídico*, no cabe defender que la Ley Orgánica prevista por parte del artículo 157.3 de la CE se encuentre por encima de los Estatutos de Autonomía, no

invalidando, por tanto, el contenido de los mismos⁴⁵. Cosa distinta, a nuestro juicio, es que, como ha señalado LOZANO SERRANO, “desde un punto de vista político, de razonabilidad o de gobernabilidad pueda resultar más o menos aconsejable determinada opción”⁴⁶ moviéndonos a la reflexión, en este sentido, la idea indicada por VIVER I PI-SUNYER cuando señala que “muchas de las objeciones de constitucionalidad o de técnica legislativa que se formulan a la propuesta de reforma lo que finalmente cuestionan es la oportunidad o conveniencia política de atribuir a las CCAA el poder público y político contenido en las competencias que pretenden asumir. Lo que se pone en duda, con toda legitimidad, es la importante redistribución del poder político que comporta la reforma estatutaria en curso”⁴⁷.

Consideraciones a las que queremos añadir una última reflexión relacionada con el papel asignado al Estado en cuanto órgano competente no solamente para regular sus propios tributos sino también el marco general o unitario de todo el sistema económico y tributario nacional (*ex* artículos 133.1, 149.1.14^a y 157.3 de la CE), “presupuesto necesario de la propia existencia del Estado de las Autonomías (STC 1/1982), así como de la igualdad básica de todos los españoles en la totalidad del territorio nacional (SSTC 53/1988)”, tal como ha indicado ESCRIBANO LOPEZ⁴⁸ y que creemos que puede arrojar algo de luz en relación con las cuestiones apuntadas más arriba.

Función, pues, que es la que le debe llevar a la búsqueda de un *mínimo de uniformidad*, en beneficio de la igualdad básica de todos los españoles en el ámbito económico y financiero, esto es, en el cumplimiento del deber de contribuir (SSTC 1/1982, 52/1988 y 192/2000)⁴⁹, siendo ésta la interpretación a que nos referíamos cuando aludíamos a la necesidad de interpretar la función de la LOFCA –en el caso de que ésta exista, como así ha sucedido– dentro de los valores cuya materialización pretende la Constitución en relación con la construcción del Estado de las Autonomías.

Ideas estas, a nuestro juicio, que, respetando las consideraciones jurídicas más arriba esgrimidas con respecto a las relaciones que deben existir entre la LOFCA y los Estatutos de Autonomía, pensamos que deben entrar en juego en orden a lograr, por una parte, una Ley Orgánica lo más *armonizadora* posible⁵⁰ en relación con las distintas propuestas recogidas en los diferentes Estatutos, según la doctrina constitucional más arriba expuesta, teniendo en cuenta, en este sentido, que si el curso de los acontecimientos continúa como hasta ahora, la reforma de los Estatutos de Autonomía va a *preceder* a la modificación de la

futura Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, tal como sucedió en su momento con el Estatuto catalán⁵¹. Norma, además, que, entendemos, deberá crear el *marco adecuado* que sirva de cauce a la *colaboración* entre los diferentes actores que intervienen en el proceso de reforma estatutaria (medio fundamental, desde nuestra perspectiva, en orden a reducir las *asimetrías* a que puede conducir el hecho de que cada Estatuto adopte sus propias decisiones⁵²) así como, de otro lado, y dado el carácter paccionado de los textos estatutarios, realizar el esfuerzo de llevar a dichas negociaciones, por parte de los sujetos intervinientes, la voluntad de elaborar y aprobar Normas estatutarias si no lo más armonizadas posible si abiertas a la colaboración, de modo que ello allane el camino para llegar a la armonización.

Se trata, en definitiva, y como se destacaba más arriba aludiendo a las ideas de LOZANO SERRANO, de ser conscientes de la dimensión *interna* de la autonomía, en el sentido de que los Estatutos van a estar dirigidos, como no podía ser de otra manera, a “la gestión de sus propios intereses”, según se contiene en el propio artículo 137 de la CE, pero debiendo tener en cuenta, *al mismo tiempo*, la dimensión *externa* de dicha autonomía que se materializa, como dicho autor expone, en “las relaciones y reglas de conexión con el Estado y el resto de entes territoriales que lo integran”⁵³, lo que exige, desde nuestra perspectiva, tomar en consideración la *comunidad de intereses* en que se sustenta el Estado de las Autonomías, lo que comporta la necesidad de articular mecanismos de colaboración entre todas ellas.

Consideraciones que, en último lugar, nos sirven de excusa para aludir, aunque sea brevemente, a la polémica suscitada por las previsiones contenidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña a partir de las cuales se deduce (si bien ello parece que se suavizó en el último momento) la reclamación de incluir un *modelo propio e individualizado* de financiación sin sujeción a los dictados armonizadores que se desprenden del contenido de la LOFCA. Idea esta última a la que ya se ha realizado oportuna referencia y a la que ha aludido el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones señalando, entre otras, en la Sentencia 68/1996, de 18 de abril, que por medio del artículo 157 de la CE el constituyente “pretendió habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómica, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía”. Jurisprudencia que, además de entender plenamente vigente en nuestros días, creemos que debe completar-

se con la consideración de que, como ha señalado RAMOS PRIETO, “es una evidencia que la Hacienda autonómica o regional no figura entre las competencias susceptibles de ser asumidas por las Comunidades Autónomas a tenor del artículo 148.1, por contraposición a la “Hacienda general y la Deuda del Estado”, que sí aparecen recogidas como competencias exclusivas del Estado en el artículo 149.1.14^a”⁵⁴ siendo, además, cierto, en este sentido, que entre los Estatutos de Autonomía y la LOFCA “no existe una relación de antagonismo sino de complementariedad”⁵⁵, no dándose, en este sentido, entre dichas Normas una relación jerárquica sino de competencia⁵⁶, lo que nos conduce, como tantas veces se ha señalado a lo largo de las páginas precedentes, a la necesidad de realizar una *interpretación armónica* de ambos textos, de modo que la asunción de las competencias financieras que ostentan las CCAA en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.1 de la CE tenga “su lógica plasmación en los correspondientes preceptos que los Estatutos dedican a detallar los diferentes recursos de la Hacienda autonómica”, estando dichas competencias “siempre condicionadas en su ejercicio a los límites y condiciones que disponga unilateralmente la LOFCA”⁵⁷.

Ideas, en consecuencia, que entendiendo plenamente aplicables al conjunto de las reformas emprendidas por parte de las Comunidades Autónomas de sus Estatutos de Autonomía queremos concluir con la cita de las palabras de LASARTE ALVAREZ, que nos parecen muy ilustrativas en relación con el tema que nos ocupa, y que suscribimos plenamente, afirmando dicho Profesor que “quienes sean partidarios de configurar el modelo de financiación en un Estatuto reformado y defiendan que ese modelo puede ser diferente para cada Comunidad (o para grupos de las mismas) y que cada cual busque sus propias soluciones en razón de su posición política y económica, tendrán que comenzar por proponer la derogación de la LOFCA o su declaración expresa de que no se aplica a ese territorio. (...) tendrán, pues, que convencernos de una solución de este tipo, que, a nuestro juicio, no responde al espíritu de la Constitución, echaría por tierra la experiencia adquirida y el orden logrado a través de la LOFCA y de la normativa de desarrollo, a pesar de todas las deficiencias, y *abriría la caja de los truenos* de las reivindicaciones autonómicas y de aplicación efectiva de los principios de igualdad, coordinación y solidaridad”⁵⁸.

III. EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMIA DE CASTILLA-LA MANCHA

Siendo grande la distancia que separa, desde nuestra perspectiva, la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha del todavía vigente, aprobado mediante Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (texto que ha sido objeto de numerosas reformas), debe señalarse, tal como se hizo constar al comienzo de estas páginas, que el enjuiciamiento y análisis del mismo es preciso realizarlo desde los parámetros que nos ofrece el Texto constitucional el cual, como se ha advertido, y así lo ha señalado también la doctrina, admite una interpretación *actualizada* o *evolutiva* en consonancia tanto con el proceso de construcción, no cerrado por el momento, del Estado de las autonomías en nuestro país y, específicamente, y en lo que en estos momentos nos interesa, del sistema de financiación autonómica que, a partir de lo dispuesto en la Norma Fundamental, podemos considerar *constitucionalmente abierto*⁵⁹.

Pues bien, con carácter previo a la realización de una serie de pinceladas en torno a las líneas maestras del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, vamos a efectuar un breve recorrido por los preceptos que, dentro del ámbito de nuestra Constitución, diseñan, si bien, insistimos, con carácter abierto, el sistema de financiación autonómico.

De este modo, el artículo 156 de la CE consagra la *autonomía* financiera de los entes territoriales *en orden al desarrollo y ejecución de sus competencias*, y ello “con arreglo a los principios de *coordinación* con la Hacienda estatal y de *solidaridad* entre todos los españoles”. Autonomía financiera que, como es conocido, aparece como premisa necesaria para que la *autonomía política*, proclamada en los artículos 2 y 137 de la CE, sea una realidad.

Precepto, junto al cual, el artículo 157 de la CE *enumera* los recursos con que pueden contar las Comunidades Autónomas, al cual sigue el artículo 158 de dicha Norma Fundamental que establece la posibilidad de que los Presupuestos Generales del Estado establezcan una asignación a favor de las Comunidades Autónomas con la finalidad de garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos esenciales así como la obligación de constituir un Fondo de Compensación en orden a corregir los desequilibrios interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

Normas constitucionales a las que es preciso añadir el contenido del artículo 133.2 de la CE, a cuyo tenor se establece que “*Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes*”.

Precepto atributivo de competencias, que, a diferencia de lo dispuesto en su número 1 respecto al ejercicio del poder tributario por parte del Estado, condiciona dicho ejercicio, cuando de las Comunidades Autónomas se trata, a lo que establezcan tanto las Leyes como la Constitución. Leyes entre las que debemos situar la LOFCA (Norma que algún autor critica que no se enuncie expresamente en el citado artículo 133.2 de la CE), cuya posibilidad de creación otorga al Gobierno central el artículo 157.3 de la CE, habiendo sido esta cuestión objeto de análisis más arriba.

Pues bien, entrando ya en lo que hemos denominado *líneas maestras* de nuestro Estatuto en materia de financiación autonómica, debe señalarse que las mismas se van a analizar *desde la perspectiva* de la satisfacción de los *principios constitucionales de autonomía financiera, coordinación y solidaridad* teniendo en cuenta la afirmación de MARTIN QUERALT y RAMOS PRIETO en el sentido de que “cualquier sistema de ingresos concreto que se establezca sólo gozará de estabilidad en la medida en que se satisfaga de manera equilibrada los tres principios o condicionantes básicos con los que el constituyente quiso encauzar la hacienda autonómica: autonomía financiera, coordinación y solidaridad. Sólo así cabrá garantizar –añaden estos autores- que la estructura y la composición de los recursos de las Comunidades Autónomas mantenga esa cualidad a lo largo del tiempo”⁶⁰. Principios, por otro lado, y desde nuestra perspectiva, que se encuentran constantemente sometidos a un cierto proceso de ponderación y equilibrio no siempre sencillo de resolver.

Así, debe comenzar señalándose que los preceptos en que se regula la financiación de nuestra Comunidad Autónoma se incardinan en el Capítulo II del Título VIII, de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, titulado “De la financiación de Castilla-La Mancha”. Capítulo que comienza, como ya se señaló más arriba, y en sintonía con el resto de Estatutos ya aprobados, con la alusión a los “Principios de financiación”, lo que, a nuestro juicio, no añade nada a lo dispuesto en este sentido en la Constitución, siendo ello una muestra, quizá, del *detallismo* que viene caracterizando a los Estatutos ya aprobados (y ello sin perjuicio de constatar, a partir de un análisis mera-

mente comparativo de los mismos, la distancia que en este aspecto separa el Estatuto castellano-manchego del catalán que, como sabemos, es el que viene marcando la pauta de las reformas estatutarias en curso).

La referencia, en segundo lugar, a los recursos financieros con que cuenta nuestra Comunidad se recoge en el artículo 161 de la Propuesta de Reforma del Estatuto castellano-manchego, el cual se presenta en sintonía con los preceptos que regulan esta cuestión en el resto de Estatutos de Autonomía ya aprobados⁶¹. Disposición a la que sigue la previsión, en el artículo 162 de dicho texto, de los tributos susceptibles de ser cedidos “en los términos establecidos en la Constitución” y que presenta plena coherencia con el contenido del artículo 11 de la LOFCA, encargado de señalar los tributos que pueden ser cedidos a las Comunidades Autónomas. Precepto, además, que adquiere especial importancia porque enumera el elenco de tributos cuyo rendimiento es efectivamente cedido a la Comunidad Autónoma. Es decir, contiene “el elenco de tributos *cesibles* según la LOFCA y que en virtud de este precepto expreso del Estatuto de Autonomía adquieren, además, la condición de *cedidos* a la misma”, dando, de este modo, cumplimiento a lo previsto en el artículo 10.2 de la LOFCA, a cuyo tenor la cesión se entenderá efectuada “cuando haya tenido lugar a través del precepto expreso del Estatuto correspondiente”⁶².

Recursos entre los que destacan, en relación con lo dispuesto en el aún vigente Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, “los procedentes de fondos y programas de actuación de la Unión Europea”. Fondos en referencia a los cuales debe apuntarse la previsión de recorte de los mismos (que se sitúa en torno al año 2013) con motivo de la ampliación de la Europa comunitaria, lo que obligará, y así lo ha señalado la doctrina⁶³, a un *replanteamiento* de la misión asignada a los mecanismos de transferencias que cumplen en nuestra país funciones de nivelación tanto de carácter horizontal como vertical.

Pues bien, dentro de los recursos enunciados en el artículo 161 de la mencionada Propuesta de Reforma del Estatuto de nuestra región sobresalen los *tributos cedidos*, a los que se refiere, enumerándolos, el artículo 162 de dicho Texto estatutario, sobre los que, desde el año 1996, se viene pretendiendo construir el llamado modelo de la *responsabilidad fiscal* efectiva debiendo señalar en relación a ello que, en opinión de buena parte de la doctrina, aún nos encontramos lejos de un *efectivo ejercicio* por parte de las Comunidades Autónomas de dicha corresponsabilidad fiscal⁶⁴, sobre la que se sustenta la *autonomía* de dichos entes territoriales y cuya exigencia se encuentra, paradójicamente, cada vez proclamada con más fuerza detrás de la reforma de cada Estatuto de Autonomía⁶⁵.

Tributos cedidos en relación con los cuales, por otro lado, y como sabemos, no solamente se cede por parte del Estado la recaudación, que únicamente tiene lugar en relación con algunos de ellos (por ejemplo, el Impuesto Especial sobre la Electricidad) sino también el ejercicio de competencias tanto normativas (artículo 162.4 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha) como de gestión (artículo 162.5 de la mencionada Propuesta de Reforma) habiendo sido, fundamentalmente, y hasta el momento, como enseguida veremos, el ejercicio de las mencionadas competencias de carácter normativo (en el sentido, no solamente de lograr una ampliación de las mismas en relación con los distintos tributos sino, además, la extensión de dichas potestades al mayor número posible de dicha clase de recursos) el principal campo de batalla de las exigencias de las Comunidades Autónomas, siendo quizá un ejemplo de ello la previsión contenida en el Estatuto de Cataluña, concretamente en sus Disposiciones Adicionales 8^a a 10^a, de aumento del porcentaje de cesión en relación con determinados tributos y que parte de la doctrina ha entendido cuestionable desde el punto de vista constitucional.

Exigencia de autonomía financiera cuya efectividad, y en otro orden de cosas, puede llegar a *contrastar* con la pretensión de las Comunidades Autónomas de no ver mermada su *participación* en las transferencias del Estado⁶⁶, a través de los distintos mecanismos encaminados a ello (siendo éstos, fundamentalmente, el Fondo de Compensación Interterritorial, el Fondo de Suficiencia y otras asignaciones a cargo de los Presupuestos Generales del Estado) siendo diversas las referencias realizadas en la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha en relación a la necesidad de garantizar la *suficiencia financiera* de esta Comunidad⁶⁷, señalándose concretamente en el artículo 159.4 de dicho Texto lo siguiente:

“La financiación de la Junta de Comunidades proporcionará recursos suficientes para hacer frente al adecuado ejercicio de su autogobierno con plena autonomía de gasto para poder aplicar libremente sus recursos de acuerdo con las directrices emanadas de las Cortes de Castilla-La Mancha y del Consejo de Gobierno y permitirá asegurar el disfrute por los castellano-manchegos de los servicios públicos fundamentales en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos de España”.

Precepto al que cabe añadir lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 160 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de nuestra región, que lleva por rúbrica “Garantías de la financiación de Castilla-La Mancha”⁶⁸.

Debe señalarse, además, que es el artículo 163 de la Propuesta de Reforma recién mencionada el que se refiere, en concreto, y así se titula, a “La participación en impuestos estatales”, no aludiéndose a las *variables* que condicionan la participación en los ingresos del Estado, a lo que sí hace referencia el Estatuto castellano-manchego todavía vigente⁶⁹, como también hacen alusión los Textos estatutarios ya aprobados en los cuales se insertan aquéllas variables que suponen un mayor beneficio para la Comunidad Autónoma en cuestión⁷⁰, apareciendo ello, y desde nuestra perspectiva, como una carencia, habiéndose dejado pasar la oportunidad, al menos hasta el momento, de intentar plasmar en nuestro Texto estatutario aquéllas variables que mejor respondan a las necesidades y carencias de nuestro territorio dentro del contexto evolutivo del sistema de financiación autonómica en España.

En relación, en segundo lugar, con el *principio constitucional de solidaridad* que, según lo expuesto más arriba, debe sustentar el diseño de cualquier sistema de ingresos autonómico cuyo cumplimiento se asigna especialmente al sistema de transferencias, según se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia 68/1996, se ha hecho referencia ya a su vertiente de *suficiencia financiera*, desde la perspectiva de la recepción por parte del Estado de los recursos necesarios en orden a reducir la diferencia entre las regiones (nivelación *horizontal*). Principio de solidaridad que también tiene una vertiente de *nivelación vertical*, esto es, entre los gobiernos de un mismo nivel, cuestión a la que *parece* referirse el contenido del apartado tercero del artículo 160 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Precepto que, desde nuestra perspectiva, contrasta, con el carácter mucho más explícito en este sentido plasmado en otros Estatutos de Autonomía (como, por ejemplo, el artículo 123.2 del Estatuto balear y el artículo 246 del Estatuto de Andalucía).

Finalmente, y en referencia al último de los principios que, según lo expuesto más arriba, deben garantizar, junto a los anteriores, y en una aplicación *equilibrada* de los mismos, el diseño de un sistema *estable* de financiación autonómica, según lo dispuesto en el texto constitucional, debe aludirse al *principio de coordinación*.

Principio, en relación con el cual, el *avance* que representa la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía para nuestra región (y la novedad, por consiguiente, respecto al todavía vigente) se materializa en la previsión, contenida en el artículo 165 de la misma, de creación de la *Agencia Tributaria de Castilla-La Mancha*, en sintonía, por otra parte, con lo dispuesto en la mayoría de Estatutos aprobados hasta el

momento⁷¹, habiéndose trasladado, quizá, a este tema, el nuevo campo de batalla de la financiación autonómica en España, siendo significativo, en este sentido, cómo la mayoría de los Estatutos ya aprobados y, entre ellos, el de nuestra región (aún cuando todavía se encuentra en proceso de tramitación), hagan incluyan la referencia al principio de *lealtad institucional*.

Cuestión, por otro lado, que, como sabemos, entra de lleno en el tema de la *gestión* y, por ende, de la *eficacia* en la aplicación de los tributos, la *coordinación* y la *cooperación* entre la AEAT y las Administraciones tributarias autonómicas. Tema, en relación con el cual, y dejando constancia desde este momento de su complejidad, queremos dejar indicadas dos ideas, siguiendo a PITA GRANDAL. En primer lugar, el hecho de que “la coordinación entre administraciones tributarias es un mandato cuya efectividad dista mucho de ser la que el texto de la Constitución (artículo 156 de la CE) pretende imponer”⁷², siendo éste, a nuestro juicio, uno de los grandes temas pendientes en materia de financiación autonómica en el que se entremezclan, como no podía ser de otra manera, cuestiones de índole política⁷³ con otras de carácter jurídico, pareciéndonos trascendental, en segundo término, la referencia a la circunstancia de que la gestión tributaria constituye un tema primordial no solamente desde la perspectiva del Derecho interno sino también del Derecho comunitario, “en la medida en que constituye el vehículo de realización del contenido del conjunto de las normas tributarias que condicionan la realización plena de las políticas de la Unión Europea”⁷⁴.

Principios, pues, cuya realización a través de las modificaciones que pretende introducir la Propuesta de Reforma del Estatuto castellano-manchego dejamos enunciadas para su enjuiciamiento a la luz, fundamentalmente, del rumbo que vayan tomando cada una de las cuestiones señaladas teniendo en cuenta que todavía nos encontramos, desde nuestra perspectiva, en los comienzos de la construcción de un nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas en España.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Tras todo lo expuesto, tan solo nos resta realizar unas breves reflexiones en torno a la necesidad de modificación de la LOFCA, *como*

consecuencia de las reformas estatutarias a que estamos asistiendo. Reflexiones antes de cuya exposición quisiéramos situar como pórtico las palabras de PITA GRANDAL cuando señala que “el sistema de financiación es antes que nada una realidad política, aunque tenga unos contenidos técnicos indiscutibles”, por ello, y “como realidad política es inevitable que refleje, en alguna medida, las tensiones y conflictos entre los distintos niveles de gobierno”⁷⁵. Situación, por otra parte, que quizá pudiera encontrarse detrás de las *incertidumbres* que, en opinión de LOPEZ CASANOVAS, dominan hoy el desarrollo de la financiación estatutaria en España⁷⁶.

Cuestión en relación con la cual, y sin perjuicio de volver a incidir en el hecho de que nuestro análisis pretende ser *fundamentalmente jurídico*, queremos situar como punto de partida la afirmación de F. PEREZ ROYO cuando señala que “asumida la realidad de la LOFCA de un sistema común de financiación, las cuestiones relativas a su modificación deben ser separadas de las de la reforma estatutaria”⁷⁷. A lo que debe añadirse, como ha indicado ESCRIBANO LOPEZ, que “la existencia de los nuevos Estatutos no determina *efectiva e inexorablemente* la necesidad de arbitrar un nuevo sistema de financiación”, siendo, sin embargo, a su juicio, esta conclusión “jurídicamente cierta, aunque política y económicamente, más que discutible”⁷⁸. Opinión a la que añade más adelante este autor que “si bien la reforma del *modelo* de financiación no necesariamente se deriva de la Reforma de los Estatutos, aquélla se impone en atención al conjunto de medidas que éstos pueden suponer y que irán en la dirección de un incremento de los servicios asumidos por las CCAA”⁷⁹.

Palabras, a partir de las cuales, creemos que la necesidad de *reformar el modelo* de financiación, a partir de la oleada de modificaciones estatutarias a que estamos asistiendo, dependerá, sobre todo, del *contenido y alcance* de dichas reformas, esto es, del hecho de si de ellas se desprende, efectivamente, la *necesidad* de un nuevo modelo de financiación autonómica. Algo a lo que no podemos responder en estos momentos debido a que la solución deberá partir, a nuestro modo de ver, del *examen conjunto* de los diferentes Estatutos de Autonomía una vez aprobados la totalidad de los mismos. Consideración, no obstante, junto a la cual, y a renglón seguido, queremos dejar constancia de la *relación directa* existente entre LOFCA y Estatutos de Autonomía en el sentido de que, una vez que dicha Ley Orgánica se ha convertido en realidad, *debe responder* a las exigencias de *coordinación* y de *garantía de un mínimo de homogeneidad*, según la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la misma.

Ideas a las que queremos añadir, a modo de reflexión también, la consideración de *si* la atribución a la LOFCA, una vez que esta norma es un hecho, de la tarea de llevar a cabo “la especificación y la articulación concreta del sistema de financiación”, dota a dicho sistema de un carácter *inestable*, como ha apuntado RODRIGUEZ BEREIJO, dado que, en opinión de este Profesor, la LOFCA “carece de la rigidez propia de las normas constitucionales”, lo que “permite su continuo cuestionamiento al socaire del debate político”⁸⁰.

Consideración sobre la que proyectan luz, a nuestro juicio, las palabras de MARTIN QUERALT cuando señala que *el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas es una cuestión de Estado*” por lo que “*debe convenirse que su contenido no debe constituir un elemento revisable a las primeras de cambio*”. Esto es, “*debe aspirarse a configurar un régimen jurídico que, con las naturales modificaciones, aspire cuanto menos a gozar de estabilidad temporal*”⁸¹.

Es por ello que, a nuestro juicio, las modificaciones de los Estatutos de Autonomía y, entre ellos, el de la región castellano-manchega, no solamente deben responder a la *evolución* de las circunstancias, a que más arriba se hacía referencia, sino que las mismas deben aspirar, *además*, a la mencionada *estabilidad* a través de la *coherencia* de las modificaciones introducidas con las demandas y necesidades económicas, políticas y sociales a que aspira a satisfacer la reforma de los Estatutos en el seno de nuestro Estado autonómico, dentro de las particularidades que presenta la Hacienda regional y dentro del respeto, como no podía ser de otra manera, a las exigencias de la Constitución. Se trata, en definitiva, de que el momento de modificaciones estatutarias a que estamos asistiendo, contribuya a disminuir la *diversificación* y, con ello, la *provisionalidad* que hasta el momento viene caracterizando el modelo de financiación autonómica contribuyendo, de este modo, a cerrar el proceso autonómico en el sentido de introducir un cierto orden en el conjunto normativo regulador de la reforma de los Estatutos⁸². Estabilidad, de otro lado, que deberá *extenderse* también, y desde nuestra perspectiva, al contenido de la LOFCA.

Reflexiones, en último lugar, que no queremos concluir sin realizar una breve referencia al *modelo* al que parecen encaminarse los Estatutos de Autonomía ya aprobados (sabiendo que el mismo admite múltiples modulaciones, según se apuntó más arriba) en relación con los cuales, y a riesgo de equivocarnos, parece percibirse una cierta *inerencia* a continuar con el sistema de dependencia de las transferencias estatales (y ello sin perjuicio del peso que, como sabemos, han ido adqui-

riendo fundamentalmente los tributos cedidos dentro de los recursos con que cuentan las Comunidades Autónomas). Situación que obedece, tal vez, tanto a la circunstancia de aumento del gasto debido a la transferencia de las competencias de educación y sanidad, así como al incremento en relación con ello de la población inmigrante, como al hecho de que la Constitución, tal como ha venido señalando la doctrina, haya configurado el sistema de financiación autonómica desde la perspectiva del gasto estando relacionada con las ideas señaladas la circunstancia de la “descompensación entre la participación de las CCAA en las necesidades de gasto y la participación en los recursos del conjunto del Sector Público”, sin que el sistema de financiación haya dispuesto de los mecanismos precisos en orden a restablecer el equilibrio perdido⁸³.

Ideas a las que debe añadirse el hecho, como han indicado entre otros autores, QUINTANA FERRER de que el artículo 157 de la CE no contenga parámetros que determinen el “peso relativo” de los recursos en él enumerados⁸⁴. Situación que, junto a las anteriormente enunciadas, tal vez se encuentre detrás del hecho de que los Estatutos de Autonomía, y el modelo de financiación, en definitiva, admita *inclinaciones* bien al que hemos denominado modelo de *unión*, bien al de *separación*. Afirmación con la que guarda coherencia, a nuestro juicio, la reflexión de ESCRIBANO LOPEZ en el sentido de que la Constitución y, en concreto, el artículo 157, no sólo ha dejado abierto el sistema, “sino incluso el *modelo*”⁸⁵.

Cuestión, en fin, en relación con la cual, y a modo de ejemplo, cabe señalar la opinión de PAGES I GALTES en relación con el Estatuto catalán cuando señala que el mismo “establece un sistema de financiación mixto en el que la participación en los tributos estatales continúa siendo su pieza fundamental”⁸⁶, a la que debe añadirse la que realiza LOZANO SERRANO, con carácter más general, al afirmar que “la tendencia a la baja en la carga tributaria por parte de algunas Comunidades ha aumentado, si cabe, la relevancia de las transferencias estatales. Y eso permite observar que en el proceso de reforma estatutario ahora en marcha apenas se insista en el poder tributario de la Comunidad Autónoma, existiendo en cambio gran preocupación por parte de éstas para incorporar a los Estatutos fórmulas y criterios que aseguren un nivel de inversiones y de transferencias estatales relevante”⁸⁷.

NOTAS:

(*) Artículo cerrado el día 17 de noviembre de 2008.

1 Siendo este el caso del Estatuto de Autonomía de Valencia, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, el Estatuto de Cataluña, aprobado a través de Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, el Estatuto de Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, el Estatuto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, aprobado a través de Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero y el Estatuto de Aragón, aprobado mediante Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril.

2 Decimos que en la *mayoría* de los Estatutos el tema de la financiación se articula como esencial porque, como ha señalado LOZANO SERRANO, C.: “el debate sobre la financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, auténtico caballo de batalla de otras reformas estatutarias iniciadas, ha sido excluido del Estatuto valenciano, para diferir, en su caso, dicho debate a la revisión o modificación de la LOFCA”, (vid. “La Hacienda Autónoma en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, en AAVV. *La Financiación Autónoma en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 14).

3 Texto que, en el momento de cierre del presente artículo se encuentra en fase de tramitación en el Congreso de los Diputados, encontrándose abierto el plazo para la presentación de enmiendas, no descartándose modificaciones al mismo en relación, sobre todo, con el tema del agua, habiendo sido, por otra parte, el primer Estatuto que ha llegado al mismo con la unanimidad del Parlamento proponente.

4 ALVAREZ CONDE, E.: *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, pág. 692.

5 Prólogo de J. MARTIN QUERALT al libro de MARTINEZ LAFUENTE, A.: *La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pág. 15. Con carácter general, alude también RUIZ ROBLEDO, A.: “Sobre las decisiones políticas fundamentales del Artículo 2 de la Constitución: 2005-06, un nuevo momento constituyente del Estado Autonomico”, en AAVV. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, G. RUIZ-RICO RUIZ (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 146, a que “estamos lejos de ese descanso en la continua construcción del Estado autonómico”.

6 Idea que ha expresado con nitidez PEREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, en AAVV. *La Financiación Autónoma en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 232, al destacar que “la regulación que nuestra Constitución establece en materia de financiación autonómica presenta un carácter muy abierto, como, por lo demás, sucede en el conjunto del Título VIII. Pero tal vez esta naturaleza no cerrada de la regulación contenida en el Título sobre la distribución territorial del poder sea especialmente acusada en el caso de los preceptos sobre financiación, en comparación con otros aspectos como el de las listas de competencias”, añadiendo que “no hace falta recordar que esta situación no es producto de la casualidad ni de la inepticia. El constituyente, ante la dificultad de cerrar un compromiso en algunas cuestiones clave, prefirió dejarlas abiertas, limitándose a regular los elementos esenciales relativos al punto en

cuestión (...). En materia de financiación, el constituyente dejó establecido en unos pocos artículos los principios esenciales de los límites al poder tributario de las Comunidades Autónomas y la enumeración de sus fuentes de financiación”. Con carácter general, se ha referido a esta idea también RUIZ ROBLEDO aludiendo a “una calculada ambigüedad en la redacción del Título VIII” (vid. “Sobre las decisiones políticas fundamentales del Artículo 2 de la Constitución: 2005-06, un nuevo momento constituyente del Estado Autonómico”, cit., pág. 138).

7 Línea en que se sitúan las palabras de ESCRIBANO LÓPEZ, F.: “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, en AAVV. *La Financiación Autonómica en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 120, cuando afirma que “la concreción del *sistema* (se refiere al sistema autonómico de financiación) no está en la Constitución, estará en lo que se vino a denominar el *bloque de la constitucionalidad*. Y este carácter coyuntural del *sistema*, no será un vicio, sino virtud”.

8 Sentido en que se ha referido MURILLO DE LA CUEVA, E. L.: “Reforma estatutaria y financiación autonómica”, en *La Reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 541, a que “la relativa apertura del sistema de financiación no equivale, obviamente, a la ausencia de límites a las reformas estatutarias que quieran operar sobre el mismo pero sí, ofrece un marco apreciable para adecuarlo a las necesidades que vayan surgiendo y para contribuir a una mayor y mejor integración del sistema autonómico globalmente considerado”.

9 Así lo han señalado, entre otros, VIVER I PI-SUNYER, C.: *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 13, quien indica que “el canon de enjuiciamiento a utilizar respecto de las reformas estatutarias ya iniciadas es únicamente el del respeto a los límites constitucionales, no el de la existencia de otras alternativas, quizá mejores en teoría, pero rechazadas en la práctica”, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: “Sobre las reformas estatutarias y la propuesta del Parlamento Catalán”, en AAVV. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, G. RUIZ-RICO RUIZ (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 41, quien ha afirmado, en este sentido, que la Constitución constituye el *Derecho básico* para las Comunidades Autónomas, constituyendo dichas *bases* la “guía que ha de penetrar, necesariamente, la regulación por parte de las Comunidades Autónomas” y PEREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., pág. 231, al afirmar que “cualquier planteamiento sobre la financiación en la reforma de los Estatutos de Autonomía supone necesariamente enfrentarse con los límites que en esta tarea impone el respeto a la regulación constitucional. No es que no existan otros posibles enfoques (...). Son, como digo, enfoques interesantes, pero que se prestan a consideraciones que, en última instancia, son de tipo político más que estrictamente jurídico. Pero en el ámbito del derecho, siempre acabaremos volviendo al análisis constitucional”.

10 Criterio de interpretación que recoge el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil y que entendemos perfectamente aplicable a nuestro Texto constitucional debiendo destacar, además, que dicha interpretación presenta un marcado carácter teleológico, en el sentido de que debe tener como guía la consecución

efectiva de los valores incorporados por los correspondientes preceptos constitucionales.

11 GARCIA MORILLO, J., PEREZ TREMP, P. y ZORNOZA PEREZ, J.J.: *Constitución y financiación autonómica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 53.

12 Cfr. CARRILLO LOPEZ, M.: “La delimitación de competencias, entre la Constitución y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿Qué puede hacer el Estatuto?”, en AAVV. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, G. RUIZ-RICO RUIZ (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 432.

13 Vid. MARTIN QUERALT, J.: “El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, págs. 672 y 678.

14 Vid. LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, cit., pág. 24.

15 Idea, en relación con la cual, señalan APARICIO PEREZ, A. y MONASTERIO ESCUDERO, C.: *La Hacienda de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 30 y 31, que “la Constitución española quiere, desde luego, un modelo *mixto*, aunque no concreta, dentro de las múltiples posibilidades que ofrece, la dosis de *unión* o *separación* que se deben introducir en él”.

16 SIMON ACOSTA, E.: “La reforma de la financiación autonómica”, *Estudios en Homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Ed. Dykinson, 2007, págs. 187 y 188, autor que señala en este último lugar que “desde el punto de vista jurídico (...) el Estado español tiene la responsabilidad de hacer efectivo el principio de solidaridad en todo el territorio nacional y garantizar la igualdad sustancial en el cumplimiento de los derechos y deberes fundamentales”. Nos parecen significativas, además, y en este mismo sentido, las palabras de MARTIN QUERALT cuando señala que “*el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas es una cuestión de Estado*”, (vid. “El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades”, cit., pág. 672), línea en en que también se pronunció hace ya algún tiempo, y desde una perspectiva más concreta, ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Los tributos cedidos y la reforma del sistema de financiación autonómica”, *Quincena Fiscal*, núm. 21, 1997, pág. 23, al señalar que “al Estado compete también desarrollar la función niveladora”, habiéndose sintetizado estos extremos en el Libro Blanco.

17 Precepto a cuyo tenor se establece lo siguiente:

“1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y atendiendo en particular a las circunstancias del territorio insular.

2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”.

18 Vid. JIMENEZ-REYNA RODRIGUEZ, E., ZURDO RUIZ-AYUCAR, I., ZURDO RUIZ-AYUCAR, J.: *La participación de las Haciendas Autonómica y Locales en los tributos del*

Estado, Area de Hacienda y Economía del Ayuntamiento de Madrid, 1994, pág. 41.

19 Idea, en relación con la cual, es interesante hacer referencia a las palabras de ESCRIBANO LÓPEZ cuando afirma que “se trata de la necesidad de lograr el necesario equilibrio (dialéctico) entre los principios de *autonomía* (efectiva) y *solidaridad* (real). Uno de carácter centrífugo; de naturaleza centrípeta, el segundo. Y será equilibrio (dialéctico) en cuanto es dinámico y nunca estable, es decir, interdependiente. Se constituirán en una especie de vaso comunicante que al cristalizar en determinados momentos podrán producir el logro de uno a costa o sacrificio (al menos cuantitativamente hablando) del otro” (vid. “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 120).

20 Línea en que se sitúa el artículo 201.2 del Estatuto catalán, el artículo 175 del Estatuto de Andalucía, el artículo 103 del Estatuto de Autonomía aragonés así como el artículo 120 del Estatuto de las Islas Baleares.

21 PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, en AAVV. *La Financiación Autonómica en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 40.

22 Vid. LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, cit., pág. 23.

23 Señala, en relación con esta idea, entre otros, VIVER I PI-SUNYER, C.: “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional”, en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, G. RUIZ-RICO RUIZ (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 58, que “los Estatutos forman parte del bloque de la constitucionalidad y, como dice el profesor Rubio Llorente, son normas constitucionales secundarias, que además es preciso entender incluidas en ‘la constitución total o global’ en la medida en que ‘imponen límites tanto a los legisladores autonómicos como al central”.

24 Vid. SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: “Sobre las reformas estatutarias y la propuesta del Parlamento Catalán”, cit., pág. 19. El subrayado es nuestro.

25 En el mismo sentido, hace referencia VIVER I PI-SUNYER, C.: “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional”, cit., pág. 58, a la consideración de los Estatutos como categoría normativa intermedia entre la Constitución y el resto de leyes, “una categoría normativa que los sitúa en una posición de jerarquía respecto de todas estas leyes, como consecuencia de la *función de integración y complemento de la Constitución* en que, por remisión expresa de ésta, desempeñan los Estatutos de autonomía que por remisión de la propia Constitución en relación con la distribución de competencias y, por ello mismo, *forman parte de la Constitución territorial y del bloque de constitucionalidad*”. (El subrayado es nuestro).

26 Cfr. SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: “Sobre las reformas estatutarias y la propuesta del Parlamento Catalán”, cit., pág. 20.

27 En el seno de nuestra doctrina, señalan, entre otros, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: op. cit., pág. 42, que “una idea correcta de las bases (en referencia al hecho de que lo *básico* en relación con las Comunidades Autónomas se encuentre en el Texto consti-

tucional) explica que el conflicto entre las bases y el estatuto de autonomía sólo puede plantearse en términos de competencia y no de rango”, indicando, en otro sentido, VIVER I PI-SUNYER, C.: “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional”, cit., pág. 59, que “la delimitación de las competencias que dentro del marco constitucional pueden realizar los Estatutos, reconstitucionaliza el sistema de distribución de competencias y refuerza el poder constituyente respecto de los poderes constituidos”.

28 VIVER I PI-SUNYER, C.: op. cit., pág. 54.

29 Autores, como VIVER I PI-SUNYER, C.: op. cit., págs. 53 y 54, han señalado que “la Constitución ha dejado abiertas cuestiones tan trascendentales como, por ejemplo, el concepto de competencia básica estatal, que es una de las categorías sobre las que pivota todo el sistema constitucional de distribución de competencias”, o cuestiones como “la determinación de si las bases son principios o reglas concretas”.

30 Vid., en relación con esta idea, VIVER I PI-SUNYER, C.: *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, cit., pág. 26.

31 Señala, en este sentido, PÉREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., pág. 235, que “la atribución concreta de competencias y la regulación de su modo de ejercicio se debe contener en la norma fundacional de cada Comunidad, su estatuto”.

32 Dentro de la doctrina tributaria, indica PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 45, que “entre la LOFCA y los Estatutos de autonomía no hay relación de jerarquía, sino de competencia” situándose en esta misma dirección, entre otros, RODRIGUEZ MARQUEZ, J.: “Aspectos controvertidos en el futuro sistema de financiación autonómica”, en AAVV. *La Financiación Autonómica en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 249 y SIOTA ALVAREZ, M.: “Reflexiones jurídicas sobre los tributos cedidos, a propósito de la reforma de los Estatutos de Autonomía”, en AAVV. *La Financiación Autonómica en los Estatutos de Autonomía*, A.M. PITA GRANDAL (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 374. Una posición algo diferente nos parece percibir en las palabras de ESCRIBANO LOPEZ, F.: “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 126, cuando afirma que “es función del legislador estatal concretar el sistema de distribución de competencias financieras y tributarias entre el Estado y las CCAA. Su concreción es la LOFCA (en sus diversas versiones) (...). De aquí que, como acabamos de ver, sea la LOFCA la norma jurídica fundamental para analizar las pautas y límites de configuración del sistema financiero de las CCAA”.

33 Cfr. LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, cit., pág. 32 y PEREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las Comunidades Autónomas: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., 237, quien señala, en la línea de lo expuesto en el texto, que “la Ley Orgánica del art. 157.3 no es una norma de atribución de competencia, un *prius* para el ejercicio del poder tributario a las Comunidades Autónomas. Estas tienen reconocido su potestad de establecer tributos y, en general, de adoptar medidas tributarias, directamente en la

Constitución, la cual no prohíbe que esta facultad se ejerza en los términos que marque el Estatuto, aunque sí que reserva al Estado la posibilidad de dictar normas de armonización mediante Ley Orgánica”.

34 Vid. LOZANO SERRANO, C.: op. cit., pág. 33.

35 Sentido en que se sitúan, entre otros, PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 45, al señalar que “el art. 157.3 de la CE establece una reserva de ley orgánica al Estado, pero no es una ley cuya adopción sea necesaria. La LOFCA o ley orgánica que la sustituya, por tanto, es una ley opcional, potestativa por parte estatal” añadiendo que “si ello es así se deberá convenir en que perfectamente puede suceder que se apruebe un Estatuto de autonomía sin existir la ley dictada al amparo del art. 157.3 de la CE” y PÉREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., págs. 233 y 234, quien señala que la Ley Orgánica prevista en el artículo 157.3 de la CE “es una Ley facultativa, que en el momento de la aprobación de la Constitución se concibe como una posibilidad, como una facultad de armonización, pero no como un requisito o condición previa, al estilo de la función que, en cambio, cumple la Ley de Haciendas Locales respecto de los tributos de Ayuntamientos y Diputaciones”. Interpretaciones distintas las encontramos en las opiniones esgrimidas por LOZANO SERRANO, C.: op. cit., pág. 32, cuando señala que me parece que “el sentido de esta locución verbal en la oración en que se inscribe debe entenderse más como apoderamiento a la ley orgánica, como determinación de la fuente mediante la que se podrá regular las materias que se indican que como atribución de una facultad potestativa”, añadiendo, en relación con estas ideas, que “no veo convincente insistir en este aspecto” (afirmación que, a nuestro juicio, parece adoptar la declaración del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 68/1996, en la que dicho Organo afirma que la función del artículo 157.3 de la CE “no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de Ley Orgánica en cuya virtud cualquier cuestión atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 CE requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente permitir que una Ley Orgánica –la actual LOFCA- pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad”) y ESCRIBANO LÓPEZ, F.: La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 135, quien, después de afirmar el “carácter no imperativo de la LOFCA”, señala que “en el actual estado de desarrollo del sistema y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la conclusión, tal vez, sea muy distinta”.

36 Línea en que también se ha situado buena parte de la doctrina, así, entre otros autores, MURILLO DE LA CUEVA ha señalado que la función de la LOFCA “está exclusivamente determinada por la necesidad de garantizar un mínimo de homogeneidad en el modelo de financiación autonómica estatutariamente definido”, siendo éste su “campo de juego preciso” y su “objetivo determinado” (vid. “Reforma estatutaria y financiación autonómica”, en *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 547).

37 Cfr. PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 46.

38 Vid. PAGES I GALTES, J.: op. cit., pág. 46.

39 Cfr. PÉREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., págs. 237 y 238.

40 Idea a la que también ha hecho alusión RAMOS PRIETO, J.: “Dos cauces complementarios para el desarrollo legislativo de la regulación constitucional de la financiación autonómica: la LOFCA y los Estatutos de Autonomía”, en *IV Jornada Metodológica Jaime García Añoveros. La reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos Estatutos*, DOC. núm 11/08, IEF, pág. 70, cuando afirma que la LOFCA “era y es absolutamente necesaria pues sin ella difícilmente podría haber existido un modelo de financiación homogéneo –y, por ende, general- para todas las Comunidades Autónomas”.

41 Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, F.: La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 136.

42 Carácter paccionado al que se ha referido, entre otros autores, LOPAZ PÉREZ, A.: “Realidades y perspectivas de las Haciendas Autonómicas en el marco de las reformas estatutarias”, en *IV Jornada Metodológica Jaime García Añoveros. La reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos Estatutos*, DOC. núm 11/08, IEF, pág. 49, al señalar que lo que caracteriza al Estado de las Autonomías “es su asimetría, ‘de hecho y de derecho’, en la que encuentra fundamento los pactos autonómicos.

43 Vid. VIVER I PI-SUNYER, C.: “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional”, cit., pág. 56. El subrayado es nuestro.

44 Cfr. LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, cit., pág. 34.

45 Se pronuncian, en esta línea, entre otros, PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 47 y LOZANO SERRANO, C.: op. cit., pág. 36, al señalar que los Estatutos de Autonomía no han de supeditarse a la LOFCA, y aunque dicha Norma fuera necesaria e insuprimible, lo cual es muy discutible, “lo que no cabría es erigirla en norma encorsetadota de los Estatutos, pues no es éste su objeto constitucionalmente asignado ni puede suplantarlos ni prevalecer sobre ellos en cuanto norma atributiva de competencias”.

46 LOZANO SERRANO, C.: op. cit., pág. 35.

47 Vid. VIVER I PI-SUNYER, C.: “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional”, cit., pág. 74.

48 Cfr. ESCRIBANO LOPEZ, F.: “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 126.

49 Vid., acerca de estas ideas, ESCRIBANO LOPEZ, F.: op. cit., pág. 125.

50 De hecho, y como destaca, ESCRIBANO LOPEZ, F.: op. cit., pág. 139, tanto el Estatuto catalán, como el valenciano y el andaluz, reconocen la necesidad de la existencia de una “ley armonizadora”.

51 Estatuto que fue el primero en aprobarse tras la entrada en vigor de la Constitución, a través de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre siendo su redacción seguida por la LOFCA en 1980 y, a través de ella, por el resto de Estatutos de régimen general. Situación, en relación con la cual, señala RAMOS PRIETO, J.: “Dos cauces complementarios para el desarrollo legislativo de la regulación constitucional de la financiación autonómica: la LOFCA y los Estatutos de Autonomía”, cit., pág. 68, que “el Estatuto catalán prejuzgó las soluciones que a la postre se adoptarían en aquélla y en los restantes Estatutos, en particular en los que afecta a la cesión de impuestos estatales”.

52 Línea en la que se sitúan, entre otros, FERREIRO LAPATZA, citado por PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 47 y LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto valenciano de 2006”, cit., págs. 34 y 35.

53 Cfr. LOZANO SERRANO, C.: op. cit., pág. 23.

54 Vid. RAMOS PRIETO, J.: “Dos cauces complementarios para el desarrollo legislativo de la regulación constitucional de la financiación autonómica: la LOFCA y los Estatutos de Autonomía”, cit., pág. 71.

55 RAMOS PRIETO, J.: op. cit., pág. 73.

56 Vid., en relación con esta idea, entre otros, ANEIROS PEREIRA, J.: “Estatutos de Autonomía y Ley Orgánica de Financiación. La necesaria vigencia de la Disposición Final de la LOFCA”, en *IV Jornada Metodológica Jaime García Añoveros. La reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos Estatutos*, DOC. núm 11/08, IEF, pág. 81.

57 Cfr. RAMOS PRIETO, J.: “Dos cauces complementarios para el desarrollo legislativo de la regulación constitucional de la financiación autonómica: la LOFCA y los Estatutos de Autonomía”, cit., pág. 73.

58 Vid. LASARTE ALVAREZ, J. citado por RAMOS PRIETO, J.: op. cit., pág. 74.

59 Son significativas, en este sentido, las palabras de PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 46, cuando afirma que “la Constitución es sumamente abierta en relación con el tema de la financiación autonómica. A nuestro juicio, mientras se respeten los principios que ella recoge al respecto, los Estatutos de autonomía tienen amplia libertad para configurar su propia Hacienda”.

60 MARTIN QUERALT, J. y RAMOS PRIETO, J.: “La periodicidad de los modelos de financiación de las Comunidades Autónomas. Posibilidad de que las revisiones quinquenales del sistema de financiación den paso a un modelo estable”, en *AAVV Estudios Jurídicos sobre la Reforma del Sistema de Financiación Autonómica* (Dir. J. LASARTE), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pág. 35.

61 Línea, pues, en la que se sitúan los artículos 72 del Estatuto valenciano, 202 del Estatuto catalán, 176 del Estatuto de Andalucía, artículo 128 del Estatuto de las Islas Baleares y 102 del Estatuto aragonés.

62 Sentido en que ya se había manifestado FERREIRO LAPATZA, J.J.: “Los impuestos cedidos y la Ley 42/1983, de 28 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Financiero*,

núm. 40, 1983, pág. 603, al indicar que “la cesión se entiende realizada en el momento en que entra en vigor el Estatuto, pero no es eficaz hasta que entre en vigor la ley específica que fija el alcance y condiciones”.

63 Entre otros, MITXELENA CAMIRUAGA, C.: “Financiación autonómica y cohesión territorial”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 135.

64 Señala, en este sentido, entre otros, RAMOS PRIETO, J.: *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 39, que “pese a constituir la disponibilidad de capacidad normativa un elemento crucial, no es suficiente por sí sola para garantizar un comportamiento fiscalmente responsable de las autoridades económicas. Tanto o más importante, si cabe, es que éstas alberguen una *voluntad política resuelta de utilizar de manera activa el margen de autonomía tributaria* que el ordenamiento les reconozca”. También se ha referido a esta idea RAMALLO MASSANET, J.: “Principios tributarios y puntos de conexión”, en *25 Años de financiación autonómica*, en AAVV. Cátedra de Cantabria, Santander, 2005, pág. 95, habiendo señalado que “no puede confundirse el aumento de estas posibilidades normativas con la realidad de su utilización y, en consecuencia, parece oportuno calificar el sistema por la realidad de lo que ocurre y no por la realidad normativa. Porque estas competencias normativas no han supuesto modificación sustancial de la tendencia –que ya hemos visto que se iniciaba al aparecer los tributos cedidos en 1983- de que la financiación de las CCAA ha ido evolucionando desde una base de gasto (el coste de los servicios transferidos) a una base de ingreso, en el que son los ingresos producidos en el territorio autonómico por los tributos cedidos lo que va a nutrir la financiación del presupuesto autonómico”. Línea en la que también han afirmado GIRON REGUERA, E.: “La incidencia de la reforma de los Estatutos de Autonomía en la financiación autonómica”, cit., pág. 80, que “para profundizar en la descentralización tributaria se está reclamando mayores competencias normativas sobre algunos de los tributos cedidos, pese a que las Comunidades Autónomas han hecho hasta ahora un uso bastante moderado de las potestades normativas de las que disponen, así como una mayor participación en la Administración tributaria” y LAGO PEÑAS, S.: “La autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas de régimen común: Perspectivas de futuro”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 78, 2007, pág. 15, autor que señala que “en los últimos veinte años hemos avanzado significativamente en las posibilidades tributarias a disposición de las CCAA. Pero ese avance puede haber sido insuficiente, al menos por tres motivos (...). Segundo porque es lógico que a medida que se profundiza en la descentralización (‘federalización’) política y financiera, los gobiernos subcentrales deseen contar con un mayor poder tributario. No obstante, la validez de este segundo argumento es a veces cuestionado por la *existencia en la actualidad de márgenes disponibles no utilizados*”, (el subrayado es nuestro).

65 Se pronuncian, por ejemplo, en referencia a la exigencia de autonomía, los apartados 1 y 2 del artículo 159 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

66 Un ejemplo significativo de ello es el tenor del artículo 206.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en el que se dispone que: “El Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación”.

67 En las letras e) y f) del artículo 161 del Estatuto de Castilla-La Mancha se alude, respectivamente, como recursos de esta región, a “un porcentaje de participación en los

ingresos del Estado” así como a “otras transferencias y asignaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado”. A lo que debe añadirse, como ya se ha expuesto en el texto, la referencia, en la letra g) del precepto mencionado a “los ingresos procedentes de fondos y programas de actuación de la Unión Europea”.

68 Apartados en los que se establece lo siguiente: “1. Los recursos financieros que reciba la Junta de Comunidades del Estado deberá asegurar el proceso de convergencia con el resto de Comunidades Autónomas, además de garantizar la igualdad en el acceso a los servicios públicos fundamentales. 2. De acuerdo con el principio de lealtad institucional el Estado garantizará la suficiencia de recursos financieros de la Junta de Comunidades, incluidos los recursos necesarios para hacer frente a los supuestos en que las actuaciones del Estado o de la Unión Europea puedan hacer recaer sobre la Comunidad Autónoma obligaciones no previstas tanto en materia de ingresos como de gastos”.

69 Señalaba el artículo 46 del mencionado Estatuto que: “Cuando se complete el traspaso de servicios o al cumplirse el sexto año de vigencia de este Estatuto, la participación anual en los ingresos del Estado (...) se negociará sobre las siguientes bases:

La media de los coeficientes de población y esfuerzo fiscal de la región.

La cantidad equivalente a la aportación proporcional que corresponde a la región por los servicios y cargas generales que el Estado continúe asumiendo como propios.

La relación inversa entre la renta media de los residentes en la región y la media estatal.

La relación entre los índices de déficit en servicios sociales e infraestructuras que afectan al territorio de la región y al conjunto del Estado.

Otros criterios que se estimen procedentes, entre ellos superficie y número de municipios.

Precepto que, en su número Dos, hacía referencia a los criterios en base a los cuales podría revisarse el porcentaje de participación, siendo éstos: en el caso de ampliarse o reducirse las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, en el caso de cesión de nuevos tributos, cuando se lleven a cabo reformas sustanciales en el sistema tributario del Estado o, finalmente, cuando una vez transcurridos cinco años desde su puesta en vigor fuera solicitada dicha revisión por el Estado o por la Comunidad Autónoma.

70 Señala el artículo 206.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que: “Debe tenerse en cuenta como variable básica para determinar las necesidades de gasto a que se refiere el apartado 1, la población, rectificadas por los costes diferenciales y por variables demográficas, en particular, por un factor de corrección que será en función del porcentaje de población inmigrante. Asimismo, deben tenerse en cuenta la densidad de población, la dimensión de los núcleos urbanos y la población en situación de exclusión social”. La D.A. 3ª del Estatuto andaluz dispone, en su número 2, lo siguiente: “La inversión destinada a Andalucía será equivalente al peso de la población andaluza sobre el conjunto del Estado para un período de siete años”. El artículo 108.5 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece que: “Para determinar la financiación que dentro del sistema corresponde a la comunidad, se atenderá al esfuerzo fiscal, su estructura terri-

torial y poblacional, especialmente, el envejecimiento, la dispersión y la baja densidad de población, así como los desequilibrios territoriales”.

71 Vid. el artículo 204 del Estatuto de Cataluña, el artículo 181 del Estatuto andaluz, el artículo 106 del Estatuto de Aragón y artículo 133 del Estatuto balear, haciéndose referencia, por otra parte, en el artículo 69 del Estatuto de Valencia al Servicio Tributario Valenciano.

72 Vid. PITA GRANDAL, A.M.: “La organización de la gestión tributaria en los Estatutos de Autonomía”, en AAVV. *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 213. Idea a la que creemos que es importante añadir la reflexión de la autora citada en el sentido de afirmar que “en el estado de desarrollo de las Autonomías en nuestro país, resulta evidente que el modelo es el de las administraciones separadas pues es prácticamente impensable la implantación de un modelo de Administración única” (págs. 215 y 216).

73 Sentido en que son significativas las palabras de RAMALLO MASSANET cuando señala que “las decisiones sobre el ejercicio de las competencias de administración de los tributos no es inocente o aséptica ya que supone decidir sobre qué relaciones jurídicas y sobre qué sujetos se va a actuar, lo cual constituye una decisión eminentemente política que puede condicionar a su vez la actuación de los contribuyentes de manera decisiva en una u otra dirección” (vid. Prólogo al libro de A. GARCIA MARTINEZ, A.: *La gestión de los tributos autonómicos*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 25).

74 PITA GRANDAL, A.M.: “La organización de la gestión tributaria en los Estatutos de Autonomía”, cit., pág. 205.

75 Vid. PITA GRANDAL, A.M.: op. cit., pág. 206.

76 Vid. LOPEZ CASANOVAS, G.: “La descentralización fiscal en España en la disyuntiva de la nueva financiación autonómica. Algunas reflexiones generales y específicas al caso de la sanidad”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 78, 2007, págs. 30 y 31.

77 PÉREZ ROYO, F.: “Cuestiones sobre el poder tributario de las CCAA: la relación entre las disposiciones sobre financiación en los Estatutos y la Ley Orgánica del artículo 157.3”, cit., pág.

78 Vid. ESCRIBANO LOPEZ, F.: “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 134.

79 Op. cit., pág. 140.

80 RODRIGUEZ BEREIJO, A.: “Descentralización política y descentralización fiscal: la experiencia española”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2007, pág. 15.

81 Vid. MARTIN QUERALT, J.: “El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, págs. 672 y 678.

82 Cfr. ARAGON REYES, M.: “La reforma de los Estatutos de Autonomía”, *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 232-233, octubre 1992-marzo 1993, págs. 198 y 199, quien añade a lo expuesto en el texto que es muy probable que tanto la diversidad

como la provisionalidad “sean el resultado, prudente, de una política gradualista de descentralización territorial. En ese ámbito debe huirse del arbitrio y del experimentismo. Sin embargo, sería ya menos prudente alargar en exceso el proceso de tránsito, convirtiendo en permanente lo coyuntural”.

83 Cfr. SANCHEZ MALDONADO, J., ORDOÑEZ DE HARO, C., MOLINA GARRIDO, C.: “La reforma de la financiación autonómica: Un escenario de reparto de los recursos basado en las necesidades de gasto”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 78, 2007, pág. 111.

84 Vid. QUINTANA FERRER, E.: *Los recursos participativos en el marco de la articulación entre las haciendas autonómica y estatal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 154. En el mismo sentido, ha señalado SIMON ACOSTA, E.: “La reforma de la financiación autonómica”, *Estudios en Homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 189, que en la Constitución y, en concreto, en su artículo 157, “no se establece cuál debe ser la importancia relativa” de cada uno de estos recursos. También ESCRIBANO LOPEZ, F.: “La reforma de la financiación autonómica en el marco del nuevo Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 126, se ha referido a esta idea señalando que “se trata de poner de manifiesto el carácter abierto de la relación de recursos contenida en el art. 157 CE, que se limitará a su enumeración, *sin fijación del rol relativo de cada uno de ellos*”. (El subrayado es nuestro)

85 Cfr. ESCRIBANO LOPEZ, F.: op. cit., pág. 126, quien ha señalado, además, en relación con lo expuesto en el texto, que “no será inocuo observar, a estos efectos, cómo cada uno de los *modelos* se ha caracterizado por ir modificando ese rol, sobre todo si atendemos al aspecto cuantitativo de su relevancia en el conjunto del sistema”, como ponía de relieve el F.J. 3º de la STC 289/2000, “hasta el punto de constituirse en el referente identificativo de cada uno de ellos”.

86 Vid. PAGES I GALTES, J.: “El sistema de financiación autonómica en el estatuto catalán de 2006”, cit., pág. 72.

87 Vid. LOZANO SERRANO, C.: “La Hacienda Autonómica en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía valenciano de 2006”, cit., pág. 26.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA –ESPECIAL ATENCIÓN A SU PROBLEMÁTICA EN REFERENCIA A LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ-

Francisco Sánchez Rodríguez

Jesús Punzón Moraleda

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE EN ESPAÑA. A. Jurisprudencia preconstitucional. B. Jurisprudencia postconstitucional. 1. Respeto por la decisión médica en contra de la voluntad del paciente. 2. Gastos de asistencia prestada en las clínicas privadas a los testigos de Jehová. 3. No obligatoriedad de transfundir siempre y en cualquier caso a todo testigo de Jehová. 3.1. Derecho del paciente a no ser transfundido sin su consentimiento. **III. EL REGISTRO NACIONAL DE INSTRUCCIONES PREVIAS.** A. Normas de regulación en Castilla-La Mancha. B. Jurisprudencia. **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.**

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza el corpus jurisprudencial existente sobre la problemática del consentimiento informado a través de la copiosa jurisprudencia existente sobre los testigos de Jehová. Al estudiar el consentimiento informado hemos analizado la jurisprudencia existente sobre los testigos de Jehová pues como afirman Beauchamp y Childress la problemática de la negativa de la transfusión de la sangre de los testigos de Jehová ha sido uno de los hitos de la lucha del paternalismo frente a la autonomía del paciente. El análisis jurisprudencial

es bastante completo pues se han analizado de forma cronológica la jurisprudencia existente desde 1977 hasta las sentencias y autos más recientes de 2008. Muchas de estas sentencias son desconocidas a la doctrina pues en muchas ocasiones son autos de juzgados de instrucción y de audiencias provinciales difíciles de conseguir pero que muestran el largo camino de hacer valer la voluntad del paciente frente a la obligatoriedad de tratamientos médicos que no siempre buscan el bienestar del ciudadano descuidando aquel *primum non nuocere* hipocrático que es integrante de la profesión médica.

I. INTRODUCCIÓN

En la figura del consentimiento informado se trasluce la libertad del ciudadano, el libre desarrollo de su personalidad y su autodeterminación consciente y responsable de su propia vida como principio de la sociedad democrática. Hemos de tener en cuenta que, por un lado, cuando una persona acude al médico para recibir un tratamiento médico es partícipe de un derecho a la información, a un derecho para “disponer de su vida” haciendo uso y teniendo a su disposición los tratamientos que considere necesarios, y por otro lado, debemos recordar que el paciente como ciudadano es sujeto de derechos, y posee derechos sobre su propia salud y calidad de vida. El paciente tiene el derecho de presentar conformidad o no, libre, voluntaria y conscientemente, frente a una actuación que afecta a su salud, a su integridad física y moral. Para ello debe recibir una información veraz y adecuada de su situación médica por parte del equipo médico.

Es por ello que el consentimiento informado ha alcanzado con el tiempo mucha importancia frente la versión paternalista médica gracias a la jurisprudencia que ha sobrealzado la libertad del ciudadano frente a la anterior situación, en la cual los equipos médicos decidían cuál era el tratamiento adecuado para el paciente e imponían su decisión incluso en contra de la decisión del paciente (en ocasiones, por ejemplo, hasta fecha reciente en hospitales se han realizado ligaduras de trompa *en beneficio de la paciente* sin solicitar la opinión de la paciente o su cónyuge pues, según el jefe del equipo médico, *es lo mejor para la parturienta* ¹).

En el desarrollo de este artículo vamos a analizar la solución ofrecida por los tribunales españoles sobre el conflicto planteado en relación con los testigos de Jehová, y en concreto, si la vida humana prima (intervencionismo estatal sobre la integridad personal²) sobre otros derechos constitucionalmente protegidos (libertad ideológica y religiosa). Con otras palabras, analizaremos si debe prevalecer la voluntad libre y suficientemente informada del paciente (autonomía de la voluntad personal respecto la disponibilidad de la propia vida) que está dispuesto incluso a perder la vida antes que minusvalorar sus creencias religiosas, asumiendo en su caso *los riesgos que conlleva una negativa a recibir una transfusión de sangre* incluso en los supuestos en los que un equipo médico considerase que dicha transfusión de sangre es necesaria para salvar la vida humana.

Esta prevalencia del paciente ha sido determinada en muchas ocasiones por los jueces en su jurisprudencia y a ello se cierne principalmente este trabajo, en especial sobre la jurisprudencia española, mostrando una historia jurisprudencial del consentimiento informado en relación con los testigos de Jehová y su negativa a las transfusiones de sangre. Una jurisprudencia formada por sentencias y autos que en ocasiones permanecen olvidados en estanterías de los juzgados sin aparecer apenas referencias de ellos en bases de datos jurídicas. Como se muestra en el trabajo, la solución ha ido variando a lo largo del tiempo. En concreto, respecto los mayores de edad, los tribunales han empezado a considerar que el paciente tiene un derecho al libre desarrollo de su personalidad y que si bien la vida y la integridad física son un derecho fundamental, no obstante, ninguno de ellos se constituye como un “derecho-deber absoluto”.

En cuanto al aspecto bioético que se cierne en las resoluciones judiciales debemos recordar que en el prólogo del *Protocolo de tratamiento en pacientes testigos de Jehová del Comité de Ética Asistencial de san Sebastián de mayo de 1999*, se afirmaba que:

“una Institución Sanitaria que no tuviese en cuenta el aspecto ético del conflicto y redujera el problema a una mera cuestión judicial, en la que el juez decidiera dar la autorización necesaria para que se procediera a un tratamiento forzoso, convertiría el deber asistencial de velar por la vida (derecho a la vida), en el deber de preservar ésta en contra de la voluntad del enfermo. Esta actuación forzosa, transformaría la obligación de garantizar el derecho a la vida a la de imponer un tratamiento en contra de la voluntad y valores del paciente; lo que desvirtuaría el concepto ético y moral de libertad y vida”.

En el Derecho español, si bien hay que tener en cuenta la jurisprudencia para clarificar la autonomía de los pacientes y la problemática en la clarificación entre los derechos a la vida y a la integridad física en su vertiente subjetiva de disposición sobre la propia vida e integridad física, hay que recordar también que han aparecido fuentes normativas que han incidido en afirmar la autonomía de los pacientes, como, por ejemplo, se deriva del Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo de 1997) en su artículo quinto, de la Ley 14/1986, General de Sanidad, en su artículo décimo ³, de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1990 en su artículo décimo primero. Y, más en concreto, en la profusa legislación autonómica sobre el testamento vital, instrucciones previas, y declaraciones de voluntades anticipadas ⁴.

De lo expuesto se deduce que necesitamos del Derecho para obtener, al menos en ciertas ocasiones, una clarificación de las conductas en juego y de los límites del consentimiento informado parangonable a la autonomía principialista, el respeto por las personas del *Belmont Report* y el derecho a la información que posee todo ciudadano en una sociedad democrática que le permite adoptar las mejores soluciones tomando en cuenta todas las consecuencias.

II. EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE EN ESPAÑA

Debemos afirmar en sentido genérico, pero aplicado de forma especial al problema que desde hace tiempo se ha planteado en torno a los testigos de Jehová, que se deben de tener en cuenta los derechos de los pacientes en el ámbito sanitario. A los testigos de Jehová se les debe la aparición, tras el sufrimiento de una prolija historia judicial, del consentimiento informado y la puesta en entredicho de las amplias facultades que tradicionalmente se derivan de forma intrínseca de la facultad y ejercicio de la medicina, al menos si tenemos en cuenta esta afirmación desde un punto de vista histórico.

Este hecho en el derecho comparado, ha tenido diversas lecturas. Por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica se percibe, respecto a la inicial jurisprudencia establecida en los asuntos *Baby Doe Boy* y *Stallman*, que fue reactualizada por el Tribunal Supremo de Illinois en su sentencia de 1997 recaída en el asunto *In re Fetus Brown* (The People of the State of Illinois, Petitioner-Appellee, v. Darlene Brown, Respondent-Appellant, and The Public Guardian of Cook County, Respondent-Appellant/Cross-Appellee), por medio de la cual se revocó el auto de un tribunal de circuito que permitía la transfusión de una embarazada para salvar potencialmente la vida del feto pues la transfusión de sangre constituye *per se* un procedimiento invasivo que afecta de forma global a la integridad física de un adulto competente. Este caso goza de importancia en relación a la calificación jurídica del feto pues el Estado de Illinois pidió la custodia del feto de una creyente testigo de Jehová embarazada pues se necesitaba proporcionar sangre a la madre para que, a través de la placenta, el feto lograra oxígeno por medio de la sangre materna. Si bien la transfusión fue positiva y nació bien el feto, Darlene Brown inició acciones legales por haber sido transfundida sin su consentimiento y el Tribunal Supremo de Illinois sostuvo, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la sentencia *Baby Doe Boy* y *Stallman*, que el Estado no puede anular la decisión de una mujer embarazada con plenas capacidades intelectuales y volitivas, y dejar de tener en cuenta su decisión sobre el tratamiento, incluyendo la negativa de procedimientos médicos invasivos recomendados, que potencialmente pueden salvar la vida del feto. De esta forma, el Tribunal Supremo de Illinois llegó a la conclusión de que el tribunal de circuito incurrió en un error al ordenar a Darlene Brown someterse a la transfusión, en beneficio de su feto, así como a la hora de nombrar la custodia temporal del feto y un tutor público como tutor *ad litem* para este feto. Con lo cual en la jurisprudencia americana el feto se considera como un bien privativo de la madre y del cual puede disponer.

Si bien esta sentencia constituye un ejemplo de la realidad de la jurisprudencia norteamericana nosotros nos vamos a centrar en la jurisprudencia española recaída en asuntos en los cuales se enjuiciaba la transfusión de sangre a enfermos testigos de Jehová que ha sido el origen del contenido teórico-práctico actual del consentimiento informado.

El inicio de la historia jurisprudencial española podemos concretarlo en el año de 1977. Desde entonces, la jurisprudencia ha experimentado variaciones de importante trascendencia práctica. Si bien en un principio era desfavorable a los intereses de los testigos de Jehová, la jurisprudencia ha cambiado a su favor tras la sentencia del Tribunal

Constitucional número 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la cual el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos límites a la obligatoriedad de las transfusiones de sangre frente la libertad religiosa, absolviendo a los padres testigos de Jehová por la muerte de su hijo también testigo de Jehová⁵. No obstante, todavía, en ciertas ocasiones, esta jurisprudencia es desfavorable a los intereses de los testigos de Jehová, al igual que sucede con el reintegro de gastos médicos de operaciones realizadas en clínicas privadas o el traslado del paciente a clínicas situadas fuera del ámbito territorial del hospital de referencia autonómico.

A. Jurisprudencia preconstitucional

Tal y como hemos adelantado, comenzaremos el análisis jurisprudencial con una sentencia con fecha anterior a la Constitución Española que determina que el equipo médico debe respetar la opinión del paciente. Es la sentencia número 72/77, de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de marzo de 1977, en la cual la Audiencia Provincial de Alicante sostuvo que no cabe una acusación de omisión del deber de socorro a un paciente testigo de Jehová con lucidez mental que no desea ser transfundido pues hay que respetar el derecho de libre disposición del paciente que es un derecho personalísimo intransferible que no puede ser tomado por su esposa y por el médico que le atiende en una Residencia Sanitaria. En concreto la Audiencia Provincial de Alicante sostuvo que:

“(...) los actos libremente ejecutados por la persona sobre su propia vida no están prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico vigente (...) si penalmente no están previstas, no se encuentran sancionadas, las conductas realizadas por el sujeto sobre su propia vida e integridad corporal, se impone al reconocer la existencia de unos derechos de la persona individual de disposición sobre tales bienes, encuadrables dentro del ámbito de los llamados derechos de la personalidad, como tales, de naturaleza intransferible que le facultan plenamente, cuando tienen la plena capacidad de obrar, no tan solo para disponer ella misma de su vida e integridad sino también para impedir, auxiliarla por la protección del ordenamiento jurídico, la ingerencia de actividades de otro en el libre ejercicio de tales derechos personalísimos, debiendo entenderse, por tanto, que cualquier ataque a ese libre ejercicio, como por ejemplo un tratamiento médico coactivo, contra su voluntad, incluso con fines curativos

imprescindibles para preservar la vida, puede constituir un delito contra la libertad. Considerando: que aplicando la anterior doctrina al supuesto fáctico de autos es forzoso afirmar que el mismo no es constitutivo del delito de omisión del deber de socorro definido en el artículo 489 bis, párrafo 1º y 2º del Código Penal, ni de ningún otro, respecto de ambos inculpados, por lo que procede en derecho absolverlos libremente de tal imputación ejercitada en contra de ellos mismos por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en las diligencias preparatorias de que dimana el presente recurso (...) si se ha convenido en que el derecho a la propia vida y a la integridad física es un derecho personalísimo e intransferible, su mera actividad, una vez hospitalizado el enfermo en la Residencia, de no querer inmiscuirse en la libre determinación de voluntad de su esposo de rechazar la transfusión de sangre necesaria para salvar la vida, adoptada por sus firmes convicciones religiosas, no implica omisión alguna del deber de socorrer, sino por el contrario respeto al ejercicio de un legítimo derecho”.

[Sentencia número 72/77, de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de marzo de 1977]

B. Jurisprudencia postconstitucional

1. Respeto por la decisión médica en contra de la voluntad del paciente

Más tarde, una vez ya en vigor la Constitución, esta situación de respeto por la libre determinación del paciente cambió y se procedió a sobrealzar la opinión de los médicos sobre los pacientes. Por ello, frente a las órdenes de los jueces de hacer efectivas transfusiones a creyentes testigos de Jehová, los testigos de Jehová empezaron a actuar en contra de los jueces solicitando su condena y posterior exclusión del orden jurisdiccional para evitar que los jueces fueran tan permisivos respecto la autorización de transfusiones de sangre en contra de la voluntad de los testigos de Jehová. Un ejemplo de ello es el auto de la sala segunda del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1979, en el cual se enjuició al Magistrado-Juez de Instrucción adscrito al Juzgado de Instrucción número dos de Alicante por un delito contra la libertad humana en general y, específicamente, contra el ejercicio del derecho a la libertad religio-

sa al haber ordenado realizar una transfusión sanguínea. El hecho enjuiciado en primera instancia fue dramático pues a una creyente testigo de Jehová se le suministró sangre siendo forzada a ello por medio de cuatro miembros de la policía armada y tres inspectores al mando del Inspector Jefe del servicio de noche que le dijeron “se ponga como se ponga le van a poner la sangre porque es una orden del Juez”. En su fallo, el Tribunal Supremo obvió la condena al juez de instancia y justificó su conducta frente al respeto de la opinión de la paciente que para el Tribunal Supremo no debía ser tenida en cuenta cuando está en juego el “bien jurídico vida” que se sobrealza sobre otros bienes. En sus palabras:

“(...) el Juez contra el que se dirige la querrela de antejuicio obró, a virtud de dicha conjunción del ordenamiento jurídico, legítimamente o conforme a Derecho, al proteger un bien jurídico, legítimamente o conforme a Derecho, al proteger un bien jurídico, como es la vida, que es indisponible para su titular, sin que al respecto pueda hablarse de un “derecho a morir” (...) el Juez implicado en el caso de autos, al autorizar la práctica de la transfusión sanguínea a la querellante que se resistía a ello “con peligro de su vida”, no solo no incurrió en responsabilidad sino que afirmó el Derecho a actuar de acuerdo con la norma jurídica superior, conformando su conducta a un fin reconocido por el Estado (el terapéutico); de suerte que de haberse inhibido en su actuación y de ello se hubiera seguido la muerte de la paciente, pudo haber incurrido (entonces sí) en verdadera responsabilidad penal (...) al autorizar el Juez la transfusión sanguínea en paciente adscrita a la secta conocida como “testigos de Jehová” lesionó un bien jurídico de dicha persona, su derecho de libertad religiosa, pero con ello causó un mal menor que el que se trataba de evitar como era la más que posible muerte de la querellante, valor desigual de los bienes jurídicos en juego”.

[Auto de la sala segunda del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1979]

Otro auto posterior de este tenor que podemos recordar es el auto de la sala segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983 en la cual se enjuició la responsabilidad criminal del Magistrado-Juez adscrito al Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Santa Cruz de Tenerife por un delito de coacciones ilegítimas, otro contra la libertad religiosa y otro de imprudencia temeraria con resultado de muerte al haber autorizado practicar dos transfusiones a una parturienta que fue traslada-

da al centro médico por hemorragias asociadas a una insuficiencia renal aguda, todo ello sin asesoramiento ni informe médico previo alguno, y asociado a todo ello el médico nefrólogo se negó a realizar una diálisis y se le transfundió sangre de grupos sanguíneos incompatibles. La autorización de la transfusión de sangre fue objeto de dos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (uno eximente de su responsabilidad y otro, nuevamente eximente, tras un recurso de súplica) y otro por parte del Tribunal Constitucional resolutorio de un recurso de amparo.

En su fallo el Tribunal Supremo, nuevamente sin dar cabida a la opinión de la interesada frente al criterio médico, sostuvo que:

“(...) el Juez, al responder al requerimiento de los facultativos, autorizándoles para realizar las citadas transfusiones, habría obrado en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo o en el cumplimiento de un deber y, por tanto, amparado en la circunstancia y responsabilidad establecida en el nº 11 del artículo 8º del Código Penal, o incluso en el discutido “estado de necesidad” en tanto en cuanto la disposición legal antedicha, desarrollando un precepto constitucional, habría establecido una valoración jerárquica de los bienes en pugna, colocando la vida y la salud como bienes de mayor rango jerárquico sobre las ideas o creencias religiosas, por lo que, en caso de conflicto entre ellas, correspondería a éstas ceder ante aquella con lo que y aún en el supuesto de que el Magistrado hubiera actuado con apariencia ilícita su comportamiento quedaría cubierto por la citada causa de justificación y el ataque a las creencias religiosas del sujeto pasivo para tratar de impedirle morir en holocausto a las mismas, no podría ser castigado como delictivo, de acuerdo con el conocido principio del interés preponderante”.

[Auto de la sala segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983]

Frente a este auto se interpuso un recurso de súplica que fue resuelto por el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984. En su auto, de 25 de enero de 1984, en el cual Tribunal Supremo se refería a los testigos de Jehová como integrantes de una *subcultura dentro de la sociedad*, exculpó al juez nuevamente de la comisión de cualquier delito, afirmando que “el derecho a la salud y por tanto a la vida y a la integridad física tiene preferencia sobre la libertad o expresión religiosa”.

Tras este auto, el procurador formuló demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el primigenio auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1983, invocando la vulneración de los siguientes artículos de la Constitución Española: 24.1 (al haber desorbitado la Sala Segunda del Tribunal Supremo la función del antejuicio, excluyendo la antijuricidad en base a la concurrencia de circunstancias de justificación), 15 (al suponer la autorización para la transfusión un peligro para la vida, aproximándose a circunstancias de tortura moral), y 16.1 (al no tener en cuenta las convicciones religiosas de la fallecida). La Sala Primera, sección segunda, del Tribunal Constitucional en su auto 369/1984, el día 20 de junio de 1984, falló en contra de la demanda de amparo y sostuvo que:

“(...) el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3, y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas, por lo que no concurría en su conducta el elemento del injusto inicial específico”.

[La Sala Primera, sección segunda, del Tribunal Constitucional en su auto 369/1984, el día 20 de junio de 1984].

De igual forma que los autos anteriores encontramos el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo civil y penal, de veintitrés de diciembre de 1992, en el cual se enjuició la responsabilidad criminal del Magistrado-Juez adscrito al Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid por presunta comisión de delitos de impedimento de ejercicio de derechos cívicos reconocidos por las leyes, de prevaricación y de ofensa de sentimientos religiosos. Si bien en su auto la sala sostuvo que no compartía de forma absoluta la argumentación del auto de 17 de febrero de 1992 del Magistrado-Juez adscrito al Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid, sobretodo la afirmación contenida en el fundamento jurídico primero in fine de este auto cuyo contenido es el siguiente:

“(...) en definitiva tal prevalencia de nuestra Carta Magna a favor del respeto del derecho a la vida nos conduce inexorablemente a optar por su protección frente a otros derechos. En realidad no transgredimos un derecho fundamental de la enferma, como sería el de la libertad de culto, puesto que a la misma no se le exige abdicar de sus creencias, sino que se permite al equipo médico que le atiende practicar una transfusión en contra de la voluntad de la

paciente. No se fuerza a ésta a cometer pecado puesto que se le obliga a recibir la transfusión y obviamente si no hay voluntad no hay pecado. La enferma no comete trasgresión alguna de sus códigos éticos ya que somos nosotros quienes le compelemos contra su voluntad, nosotros la eximimos de culpa moral, ética o religiosa y asumimos nosotros la autoría de tal trasgresión para salvarle la vida”.

[Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo civil y penal, de veintitrés de diciembre de 1992]

Sin embargo, a pesar de no compartir esta fundamentación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación de la paciente testigo de Jehová.

No obstante, debemos señalar que esta jurisprudencia que surge tras la aprobación de la Constitución fue tempranamente considerada como errónea por autores como MARTÍN MATEO, quien afirmó que “esta jurisprudencia sigue una línea equivocada, al hipostatizar el derecho a la vida, cuando está demostrado hasta la saciedad que para muchos sujetos este bien es inferior al implicado en el respeto de determinados valores y creencias ⁶”.

2. Gastos de asistencia prestada en las clínicas privadas a los testigos de Jehová

Siguiendo con el argumento del profesor MARTÍN MATEO, debemos añadir que no solamente se “hipostizó” sobre la prevalencia del pensamiento médico respecto de la voluntad de los pacientes sino que también se fue determinando con el tiempo que la asistencia prestada en las clínicas privadas a los testigos de Jehová se debía sufragar por ellos obviándose el hecho de que los testigos de Jehová también pagan a la Seguridad Social y no obtienen prestaciones de ella cuando lo necesitan. Si bien en la sentencia de 15 de abril de 1991, de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, se estimó el recurso de una paciente testigo de Jehová condenando al INSALUD a reintegrar los gastos de intervención de una operación sin sangre en una clínica privada. No obstante, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia de 14 de abril de 1993, recordando el contenido de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1990 (“la obtención de una asistencia con las técnicas médicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la

acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y por su proyección hacia una cobertura de vocación universal, por lo que sólo cabe exigir a aquella una asistencia sanitaria que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras incluidas la sanidad privada”), y de 5 de mayo de 1991 (“no se concede a los afiliados un derecho de opción, sino que la asistencia por la medicina privada tiene carácter excepcional, que ha de ser justificada por los beneficiarios ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse con los medios técnicos y humanos, muy calificados, de las instituciones de la Seguridad Social”), sostuvo, en su fundamento jurídico tercero, que:

“(…) la libertad religiosa, reconocida como derecho fundamental en el artículo 16.1 de la Constitución Española y regulada por la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, obviamente ampara la decisión de aquel beneficiario de la Seguridad Social que no acepte el tratamiento médico por sus servicios indicados, cuya coactiva realización, indudablemente supondría vulneración flagrante de tal derecho. Mas el mismo – que solo tiene las limitaciones que genéricamente menciona el precepto constitucional y con más detalle cita el artículo 3º-1 de la Ley – no puede derivar la consecuencia de que la Sanidad Pública esté obligada a prestar la concreta asistencia reclamada en los términos que un singular precepto de determinada confesión impone. Ello implicaría, de un lado, la imposición de criterios facultativos distintos a los mantenidos por los responsables médicos del caso que podrían afectar a reglas deontológicas en función de la fiabilidad de prácticas profesionales distintas; y a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal, que contraría las exigencias de economía e igualdad que como antes se ha dicho – son principios rectores “ex lege” de la política sanitaria a la que han de ajustarse las Administraciones Públicas de tal sector. El Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista del interés general. En definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan de la observancia del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera ate-

nerse; y que el supuesto que motiva la pretensión actora no puede ser considerado como denegación injustificada de la prestación de la asistencia sanitaria debida”.

[Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de abril de 1993]

Hemos de señalar que a pesar de esta sentencia del Tribunal Supremo la situación no fue pacífica, pues, por ejemplo, en Navarra con anterioridad, el día 9 de abril de 1992, el Juzgado de lo Social número tres de Pamplona/Iruña dictó sentencia desestimando la demanda de reintegro de gastos médicos de un testigo de Jehová frente al Servicio Navarro de Salud. Frente a esta sentencia, el creyente testigo de Jehová interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su sentencia de 3 de julio de 1993, condenó al Insalud a pagar la cantidad reclamada por un testigo de Jehová por una intervención quirúrgica en un centro privado al rechazar la transfusión de sangre en un centro de la Seguridad Social. Al testigo de Jehová se le había operado previamente y ya se le había transfundido sangre sin su consentimiento. Respecto la segunda operación el Tribunal Superior de Justicia de Navarra calificó la negativa del testigo de Jehová a ser transfundido como “de ningún modo abusiva o caprichosa, pues de lo contrario se conculcaría su derecho a la libertad religiosa, a la asistencia médica, y se defraudarían los derechos económicos de quien cotizó puntualmente a la Seguridad Social”. Frente a esta situación, el Servicio Navarro de Salud interpuso recurso de casación para unificación de doctrina que fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1994, casando y anulando la Sentencia impugnada y resolviendo el debate planteado en suplicación con desestimación del recurso de tal clase, y confirmación de la Sentencia de Instancia. Frente a esta situación, el testigo de Jehová interpuso un recurso de amparo solicitando la nulidad de la sentencia originaria dictada por el Juzgado número 3 de Navarra de 9 de de abril de 1992 y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993 anteriormente puesta en relieve. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su sentencia 166/1996, de 28 de octubre de 1996, sostuvo negando el amparo que:

“(…) el problema que plantea el recurrente, no es de carencias o deficiencias de los servicios médicos de la Seguridad Social respecto del sistema o de los medios conforme a los cuales haya de atenderse las prestaciones médi-

co-quirúrgicas a los enfermos; sino que pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen sin que en ningún caso se utilice transfusión de sangre en la operación quirúrgica a que debía de someterse. No pide más de lo que la Seguridad Social tiene previsto para estas prestaciones, sino que se dispensen éstas prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean – como lo son en este caso -, no pueden interferir condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica (...) Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. La prestación de una asistencia médica en los términos exigidos por el recurrente supondría, como hemos señalado en otra ocasión, «una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición» (STC 19/1985). Pero es que, además, como se ha razonado en el fundamento anterior, el recurrente no alega carencias en el sistema de la Seguridad Social que debieran remediarse o subsanarse en razón del deber prestacional que incorpora la libertad religiosa, sino que su queja está dirigida exclusivamente a considerar injustificada la negativa de los médicos a intervenirle en las condiciones por él exigidas. Y como esta cuestión está relacionada con la *lex artis*, y no con los medios con los que cuenta la Seguridad Social, también desde este ángulo ha de desestimarse el recurso de amparo (...) basta con recordar que, como se declara en la STC 114/1995, fundamento jurídico 4 con cita de numerosas Sentencias anteriores, “el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato». Y como lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino cabalmente se pretende lo contrario: modificar, en

razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos. No puede apreciarse por tanto la denunciada vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la Ley reconocido por el art. 14 C.E.”.

[Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, de 28 de octubre de 1996]

Como puede observarse, por un lado, hasta los años noventa se determinaba que los testigos de Jehová debían ser siempre transfundidos y, por otro lado, si acudían a la medicina privada para preservar sus creencias debían pagar íntegramente los costes de esta sanidad, hecho que permanece todavía en vigor ⁷.

3. No obligatoriedad de transfundir siempre y en cualquier caso a todo testigo de Jehová

3.1. Derecho del paciente a no ser transfundido sin su consentimiento

Un ejemplo de la no obligatoriedad de transfundir que se desprende, según se indica en el enunciado de este apartado, lo encontramos en el primigenio auto del Juzgado nº 2 de Primera Instancia e Instrucción de Alcázar de San Juan de 18 de noviembre de 1996 que empieza una nueva línea jurisprudencial que vela por los derechos de los pacientes testigos de Jehová y su libre determinación al acoger en este auto el derecho de la paciente a no ser transfundida sin su consentimiento y la obligación de la Administración Sanitaria de colaborar hasta el límite de sus facultades de gestión y económicas con el fin de que la paciente fuera tratada quirúrgicamente de su dolencia sin ser transfundida.

Más tarde, con este mismo criterio, debemos recordar los autos de los Juzgados de Instrucción nº 3 y nº 5 de Donostia-San Sebastián. El primero de ellos, del Juzgado de Instrucción nº 3 en su auto de 28 de noviembre de 1997, nuevamente denomina como *religión* a las creencias de los testigos de Jehová⁸, incidía en el hecho de que, dado que el paciente había sido convenientemente informado de la necesidad de la transfusión de hemoderivados y que ha optado libre y conscientemente por negarse a la transfusión, no puede obligársele ni suplir su voluntad por la

del Juez para que se le administre una transfusión de hemoderivados. El segundo de estos autos, de 9 de julio de 1998, sostuvo que el juez no podía suplir el consentimiento de un paciente de tres años, permitiendo una posible transfusión de sangre, pues, en primer lugar, la intervención prevista no revestía carácter de urgencia, en segundo lugar, los padres de este niño no se habían manifestado contrarios a la transfusión sino que se preveía que lo harían al ser testigos de Jehová, en tercer lugar, en el supuesto que los padres no dieran su consentimiento puede haber otros centros sanitarios en los que se sustituya la transfusión sanguínea por el uso de plasmas sintéticos. Por auto de 11 de agosto de 1998, este mismo tribunal desestimó el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal pues al no estar en peligro la vida del menor la voluntad de los padres no puede minusvalorarse por la voluntad de los facultativos del Hospital de la Cruz Roja de Donostia-San Sebastián, o por la del juez instructor, pues la colisión de derechos no es entre el derecho a la vida y a las creencias religiosas sino más bien entre las creencias religiosas y el tratamiento médico a seguir. En su argumentación el juez de instrucción tuvo en cuenta que la asistencia médica es un derecho y no un deber del ciudadano, pudiendo éste elegir en cualquier momento entre aceptar el tratamiento médico que se le ofrezca o pedir el alta médica⁹.

De destacar es el auto 135 de la Audiencia Provincial de Granada, sección segunda, de 9 de junio de 1998, que revocó y dejó sin efecto la autorización y posterior ratificación otorgada por el Juzgado de Instrucción número seis de Granada al titular del servicio de cirugía del Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, autorizándole a practicar, caso de ser necesario, una transfusión sanguínea a una paciente creyente testigo de Jehová ya que ese Juzgado asumía con ello una función que no era de su competencia¹⁰.

Como observamos, tras el auto de Alcázar de san Juan de 18 de noviembre de 1996, se empieza a observar una línea jurisprudencial más atenta a los derechos de los pacientes testigos de Jehová que se niegan a ser transfundidos otorgándoles *amparo* frente a peticiones de transfusión de sangre. Continuando con esta línea jurisprudencial, con el auto de 25 de mayo de 1999 el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Llerena inadmitió la petición de autorización de transfusión sanguínea del hospital de Llerena para un paciente testigo de Jehová pues la decisión negativa de someterse a una transfusión de sangre por parte del paciente testigo de Jehová “no persigue ningún fin ilícito y solo trata de preservar sus creencias personales, y como quiera que la restricción del derecho a la libertad se ha de basar en la protección a un tercero o a toda la comunidad, lo que no

sucede en el presente caso, ya que la decisión expresada por el paciente lo ha sido de forma consciente y en plena facultades psíquicas al no perjudicar a nadie mas que a él”.

Igualmente en el auto de 11 de agosto de 1998 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela se denegó la autorización a transfundir a una paciente testigo de Jehová pues esta paciente conservaba intactas sus facultades intelectivas y volitivas, y además, no existía riesgo inminente para la vida de la paciente añadiendo el informe del médico forense en su informe que “como ahora la paciente no sangra, puede recuperarse de la anemia por sí sola lentamente o bien como está muy deteriorada fallecer, aunque puede ser transfundida y fallecer de la misma manera porque padece una insuficiencia cardiorrespiratoria y renal y la transfusión podría producirle un edema agudo de pulmón”.

Algo similar ocurre en el auto de 4 de mayo de 1999, en el que el Juzgado de Instrucción nº 4 de las Palmas de Gran Canaria inadmitió la petición de transfusión de sangre del Complejo hospitalario Materno-Insular de Las Palmas pues en ese momento no existía una necesidad vital para la transfusión de sangre solicitada. Frente a esta opción de permitir una transfusión, si ocurriese esta situación de necesidad vital, el paciente testigo de Jehová interpuso un recurso de apelación resuelto por el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 2º), de 7 de septiembre de 1999, que anuló la autorización del Juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas que autorizaba una transfusión sanguínea si surgiera una necesidad vital ¹¹, sosteniendo en el fallo que:

“(…) la respuesta judicial a peticiones como la sometida a conocimiento en esta Sala es la de sugerir que la medida a adoptar sea la que dicten las conciencias de enfermo y médico, si logran ponerse de acuerdo en un diálogo estrictamente privado, íntimo, libre de interferencias extrañas; y si tal acuerdo de orden estricta y exclusivamente moral, de conciencia, anímico, no se produce, decidir, como así se hace en el presente supuesto, que prevalezca la postura del enfermo pero imponiendo previamente a éste, o a su familiar más próximo si aquél se encuentra inconsciente, la firma de una declaración escrita exponiendo que le prohíbe al médico el que le realice una transfusión de sangre cualquiera que sea el estado del enfermo en cuestión, y aunque de ello dependa su vida” ¹².

A pesar del razonamiento esgrimido por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, el Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcalá

de Henares, en su auto de 10 de diciembre de 1999, autorizó al Hospital Universitario Príncipe de Asturias a realizar transfusiones de sangre a una paciente testigo de Jehová durante la práctica de un legado si existiera peligro vital y siempre que la paciente se encontrara en estado de inconsciencia. En su fallo la magistrado-juez afirmó que “cuando se pone en peligro la propia vida surge un conflicto de derechos, que tiene que ser solventado por los poderes públicos y en este caso por el Poder Judicial, que tiene que intervenir conforme a lo dispuesto en el art. 106 de la C.E. ya que la vida, en su dimensión objetiva, es el valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible tal y como señaló la S.T.C. 33/85. Tiene el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluye el derecho a la propia muerte. En virtud de ello, no es posible admitir que la C.E. garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte, y por consiguiente carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva, es contraria a ese derecho constitucional ya existente (S.TC 27 de junio de 1990 y 19 de julio de 1990)”.

En sentido contrario del auto anterior, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña, en su auto de 8 de febrero de 2000, no permitió que se practicase una transfusión de sangre a una creyente testigo de Jehová, sosteniendo en su fallo que “al reservarse al ciudadano la plena disponibilidad sobre su vida y su salud, al no concurrir ninguna de las causas que justifiquen una limitación al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y al no haber prestado su consentimiento la Sra X para que se le practique una transfusión sanguínea en el caso de ser precisa, no concurriendo ninguna de las excepciones previstas para prescindir del mismo, determinan que su decisión deba ser respetada al haber sido libremente adoptada por persona capaz de autodeterminarse y como consecuencia de sus ideas religiosas”.

Por su parte, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcalá de Henares, en su auto de 15 de febrero de 2000, sostuvo que no procedía autorizar a una transfusión sanguínea a un paciente creyente testigo de Jehová pues éste gozaba de plenas facultades mentales con lo cual tenía derecho a determinar su propia integridad física respecto del tratamiento médico al que podía ser sometido. De igual tenor es el auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Mahón, de 9 de marzo de 2000, denegando la solicitud de los médicos del Hospital Virgen del Toro de Mahón de adoptar otros medios sustitutivos o alternativos a la transfusión.

A pesar de estos autos, el Juzgado de Instrucción de Barakaldo nº 2, en su auto de 18 de diciembre de 2000, autorizó en el supuesto de peligro para la vida del paciente testigo de Jehová la realización de una transfusión de sangre. Este auto fue recurrido ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección sexta, la cual en su auto 291, de 6 de julio de 2001, sostuvo que el auto del Juzgado de Instrucción de Barakaldo no fue ajustado a derecho, y por tanto lo anuló, pues:

“(…) la autorización inicialmente concedida por el Juez instructor en funciones de guardia con plena competencia jurisdiccional para ello al existir una posible colisión de derechos, asistencia sanitaria, libertad ideológica y derecho a la vida en su día se dictó sin constar que se hubiera agotado las posibilidades de elección alternativa (...) aun cuando en el informe aludido se hacía referencia a que existía en ese momento “grave riesgo vital”, por cuanto el sentido global del escrito hacía referencia a que dicho riesgo existía ante el “lento y progresivo deterioro del paciente”, por lo que debieron solicitarse, a fin de garantizar la libertad ideológica y religiosa del paciente que podía iba verse afectada mayores explicaciones al centro sanitario relativas tanto a la fecha del último control analítico, cuyo resultado se había remitido, como respecto a si se había informado al paciente sobre la existencia de posibles tratamientos alternativos a la transfusión sanguínea y la eficacia curativa de estos y si se le había ofrecido la posibilidad en caso de persistir su negativa de solicitar el alta voluntaria, si era viable materializarla dado el estado físico que presentaba y en caso afirmativo si se había producido una negativa a firmar dicha alta voluntaria. Sin que conste lo anterior al no existir un derecho impuesto en el presente caso por nuestro ordenamiento jurídico que obligue genéricamente a sacrificar el derecho a la libertad ideológica, consagrado con carácter de derecho fundamental en el art. 16.1 CE, ha de ser estimado el recurso de queja interpuesto por la defensa (del paciente testigo de Jehová)”.

[Auto de Audiencia Provincial de Bizkaia núm. 291, sección sexta, de 6 de julio de 2001]

En sintonía con este auto encontramos, en nuestro ámbito territorial más cercano, el procedimiento que se siguen en las situaciones de urgencias médicas por los médicos y los MIR en los hospitales de Toledo. Dicho procedimiento es el siguiente:

“A veces el paciente limita su consentimiento sólo a una determinada parte o a un determinado procedimiento diagnóstico y/o terapéutico; algunos ejemplos serían los siguientes casos:

1. Los testigos de Jehová pueden negarse a recibir transfusiones de sangre, sin embargo, esto no implica la negativa al resto del tratamiento o a otro tratamiento alternativo, que el interesado acepte. El médico deberá valorar la posible existencia de alternativas terapéuticas que no requieran transfusión de sangre antes de pedir autorización Judicial”¹³.

En su auto de 11 de octubre de 2001, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara (Gipuzkoa), nuevamente se percibe esta actitud positiva frente a los derechos del paciente al no autorizar la realización de una transfusión sanguínea a una paciente testigo de Jehová a la que se iba a realizar una intervención de cesárea pues la negativa de la paciente frente a esta transfusión fue tomada de forma plenamente consciente y con plenas facultades psíquicas, sin que su decisión pudiera afectar a terceras personas, ni pusiera en peligro derechos o intereses ajenos, ni tampoco lesionara la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. De igual forma, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón, por medio de su auto de 29 de julio de 2002, no permitió realizar una transfusión de sangre a un paciente testigo de Jehová debiéndose respetar su decisión por los facultativos médicos del Hospital General de Castellón al no existir elementos que permitieran dudar de la capacidad del paciente para tomar decisiones.

En contra de esta jurisprudencia atenta a los derechos de los pacientes encontramos el auto de 31 de diciembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sección 1º), que desestimó el recurso de apelación de una paciente testigo de Jehová contra el auto, de 27 de marzo de 2001, dictado por el Juzgado de Instrucción de Alcázar de San Juan en diligencias indeterminadas, por el que se autorizaba la transfusión sanguínea para la recurrente cuando médicamente se considerase necesario de cara a evitar riesgo para su vida, confirmándolo íntegramente¹⁴; y, el auto de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 2º) de 8 de abril de 2003¹⁵.

Frente a esta situación, nuevamente se percibe una jurisprudencia atenta a los derechos de libre determinación de los pacientes, en el auto de 16 de septiembre de 2004 del Juzgado de Instrucción número dos de Ourense en el que se sostuvo que no cabía imponer una transfu-

sión de sangre a una paciente testigo de Jehová al no dar ésta su consentimiento.

Es importante destacar el auto nº 64 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Albacete en la evolución del consentimiento informado pues pone de relieve que si el representante familiar se niega al empleo de una transfusión de sangre ¹⁶, y también las instrucciones previas lo impiden, no es posible autorizar por parte del juez la administración de sangre alogénica (sangre completa, glóbulos rojos glóbulos blancos, plaquetas ni plasma sanguíneo) al paciente. En este supuesto se debe respetar la decisión del paciente y únicamente el juez puede autorizar la aplicación de expansores no sanguíneos del volumen plasmático. Idéntico supuesto fue enjuiciado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Linares, en su auto de 9 de febrero de 2005, dando el mismo valor al documento de voluntad anticipada y el consentimiento informado pues ambos no dejan de ser sino la plasmación de la voluntad del paciente en los casos en los cuales deba someterse a una intervención médica sin que goce de una capacidad suficiente para otorgar un consentimiento válido.

Igualmente, es importante recordar el auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 2º), de 22 de septiembre de 2004, que anuló un auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de San Sebastián que previamente había acordado la autorización de una transfusión sanguínea a un paciente testigo de Jehová con motivo de una intervención quirúrgica (amputación de recto-abdomino-perineal), pues:

“la intervención que se le práctica al Sr. X, no era urgente, sino programada con el previo acuerdo del enfermo y debía practicarse en los términos expresados en el Documento de Voluntad Anticipada. El Sr. X, antes de someterse a la operación, siendo conocedor de los riesgos existentes tras recibir la información adecuada, decide libremente que en caso de necesitar una transfusión, ésta no se le practique, decisión que tiene por causa sus creencias religiosas como miembro de la Comunidad de los testigos de Jehová. Dichas razones llevan a concluir que el consentimiento del paciente existía en el momento en que se presenta la necesidad de transfundir, aunque en ese momento se encontrara inconsciente, porque también tal posibilidad se había previsto por el propio enfermo en el Documento de Voluntad Anticipada. Y mediante dicha manifestación libre, el paciente exoneraba a los facultativos de tomar cualquier

decisión durante la operación en tal sentido porque la decisión la había tomado él mismo previamente (...) en este caso, el apelante expresó su voluntad consciente a no recibir un determinado tratamiento incompatible con su religión, decisión que no afecta a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, como elementos del orden público protegido por la Ley, y que por lo tanto debía ser respetada”.

[Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 2º), de 22 de septiembre de 2004]

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Toledo, en su auto de 9 de noviembre de 2004, determinó que se debería respetar la libre decisión tomada por una paciente testigo de Jehová de no someterse a una transfusión sanguínea, debiéndose adoptarse por el personal sanitario todas las medidas a su alcance para conservar la vida de la misma, excepto la realización de una transfusión sanguínea, a la que el paciente se negaba alegando sus convicciones morales y religiosas. En el fundamento jurídico tercero de su fallo el juez sostuvo que:

“no puede sostenerse un concepto de la vida y la integridad que reduzca una y otra a un puro hecho biológico, desligado del conjunto de valores, sentimientos e ideas, sin los que el mero hecho vital carece de la dimensión humana que distingue a la persona del animal. Esa concepción biológica de la vida, aun siendo indispensable soporte de la persona, necesita de un conjunto de bienes –la libertad y la propia estima que nos hace dignos y capaces de ilusión- sin los cuales puede llegar a desaparecer la razón de vivir, según el personal proyecto de cada individuo, a quien por eso, hay que reconocer el derecho de decidir, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital, qué sufrimientos y riesgos para su vida e integridad está dispuesto a afrontar para una eventual y también arriesgada salvaguardia de aquellos bienes. Como mantienen Cobo del Rosal y Carbobell-Mateu (Derecho Penal, Parte especial, 3º edición), “no se trata, en verdad, de que deba prevalecer la libertad sobre la vida en caso de conflicto; es que no hay conflicto posible, pues solo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional”. Siendo ello así, ninguna urgencia puede legitimar que un tercero, aunque sea un Juez, invada el pro-

yecto vital de otro y le imponga contra su voluntad su personal proyecto, eligiendo, *por él*, los riesgos y sufrimientos que él ha de asumir. Por ello se ha llegado a decir, no sin razón, que tal actividad implicaría un trato degradante, en la medida en que, desde una actitud pretendidamente paternalista, que implica un olímpico desprecio por la dignidad humana, se obliga a otro, contra su voluntad, a la asunción de riesgos no queridos, y todo en base a un cálculo de probabilidades que lleva en sí mismo una certeza de riesgo incontrolado que el otro deberá soportar. Riesgo que, curiosamente, se convirtió finalmente en resultado fatal en varios de los casos que han sido tratados por los tribunales de justicia (v. Gr. autos del Tribunal Supremo de 22.12.83 y 25.1.84 y del TSJ de Madrid de 23.12.92). Incluso la STC 120/90, de 27 junio, aún llegando a conclusiones distintas a las aquí mantenidas debido a las especiales circunstancias que concurrían en el supuesto de hecho, mantiene que “siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte...en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la Ley no prohíbe”.

[Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.3 de Toledo, en su auto de 9 de noviembre de 2004]

Más reciente en el tiempo, la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 2º), por medio de su auto de 18 de marzo de 2005, anuló un auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián que acordó la autorización de la transfusión sanguínea a un testigo de Jehová con motivo de una intervención quirúrgica (apendicectomía), pues esta operación aunque era urgente contaba con el previo acuerdo del enfermo y debía practicarse en los términos expresados en el Documento de Voluntad Anticipada en el cual se mostraba que no había consentimiento por parte del paciente para ser transfundido.

Para terminar con esta larga historia judicial deberíamos recordar el auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Granada, de 18 de marzo de 2005, pues dado que la paciente creyente testigo de Jehová presentaba inalteradas sus facultades volitivas y cognitivas y era plenamente capaz y consciente para expresar de forma voluntaria su negativa a someterse a tratamiento médico, el juez sostuvo que debía aceptarse por parte del equipo médico su negativa a ser sometida a una transfusión de

sangre. Igualmente de esta misma fecha podemos recordar el auto de 18 de marzo de 2005 de la Audiencia Provincial, sección segunda, de Donostia-San Sebastián, en la cual la audiencia estimó el recurso de apelación subsidiario al de reforma, interpuesto contra el auto dictado con fecha de 27 de agosto de 2004 por el juzgado de instrucción nº 1 de San Sebastián, declarando no ajustado a derecho la autorización de transfusión sanguínea anteriormente acordada, aún cuando el paciente había expresado en un documento de voluntad anticipada su oposición a recibir una transfusión sanguínea en el curso de una operación de apendicetomía. En sus razonamientos jurídicos la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián afirmó que esa autorización de transfusión “yerra al interpretar los preceptos de la Ley 41/2002 en base a los que llega a la conclusión de que la vida e integridad del paciente, debe primar sobre la voluntad de éste contraria a una actuación médica no permitida por sus creencias religiosas (...) la decisión del juez contravino la normativa aplicable y también la doctrina del Tribunal Constitucional, dictada en supuestos en que se produce una colisión entre el derecho a la vida y el que ampara la libertad religiosa. Y en tal sentido la Sala, debe referirse a la Sentencia 154/2002, en la que se efectúan repetidos pronunciamientos en cuanto al derecho que asiste a una persona a no someterse a actuaciones contrarias a sus creencias religiosas, derecho que no está sometido a más límites que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (STC 141/2000 de 29 de Mayo). Y en este caso, el apelante expresó su voluntad consciente a no recibir un determinado tratamiento incompatible con su religión, decisión que no afecta a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, como elementos del orden público protegido por la ley, y que por lo tanto debía ser respetada”.

Un caso curioso lo encontramos en el Hospital Taulí (Sabadell) pues frente a un auto de autorización de transfusión de sangre a un paciente, la Corporación Sanitaria Parc Taulí interpuso un recurso de reforma y subsidiario de apelación para dejar sin efecto este auto y se autorizara al Hospital a respetar la voluntad expresada por el paciente. El Hospital Taulí no pretendía cuando comunicó al juzgado la existencia de un paciente que se negaba a recibir transfusiones de sangre que se le concediera permiso para transfundirle en contra de su voluntad sino eximirse de responsabilidad en caso de muerte del paciente debidamente informado de las consecuencias de la no transfusión de sangre sin que hubiera en ese momento un grave riesgo vital para el paciente. La Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número Uno de los de Sabadell, en su auto de 22 de octubre de 2006, estimó dicho recurso de

reforma y dejó sin efecto la autorización anterior a realizar una transfusión de sangre dado “el derecho a la libertad religiosa de que goza toda persona y habiendo ejercido su derecho de forma consciente, voluntaria y libre, previamente informado de las consecuencias de dicha elección”.

Más curioso que el anterior nos encontramos con el auto, de 9 de octubre de 2006, del juzgado de instrucción nº 2 de Oviedo, en cuyos fundamentos jurídicos se sostiene lo siguiente:

“1. – Nos hallamos ante un escrito inusual porque lo que se pide es una opinión (“actitud” dice el escrito) frente a una situación que no se califica de urgente sino de “posible”. No nos hallamos por tanto ante una petición de autorización para actuar contra la voluntad de un paciente o sin la voluntad de un paciente por razones de urgencia.

2. – Debe respetarse la voluntad del paciente y su dignidad. Deben respetarse igualmente sus creencias religiosas. La normativa que regula la materia y que el responsable médico debe ya conocer está formada por el art. 16 de la Constitución, y la ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en particular su art. 2,4 (DERECHO A NEGARSE AL TRATAMIENTO), 8,1 (necesidad de consentimiento libre y voluntario una vez recibida información asistencial), y 11,1 (documento de instrucciones previas). El Tribunal Constitucional ha dictado sentencias al respecto vg. STC 154/2002”.

Más avanzado en el tiempo conviene recordar que el juzgado de instrucción nº 4 de Tarrasa en su auto de 9 de octubre de 2007 ante la petición de autorización de una transfusión de sangre nuevamente sostuvo la pertinencia de hacer cumplir la voluntad firme de la persona frente a otras opciones cuestionables. Como señaló el juez “la decisión adoptada por la paciente no persigue ningún fin ilícito, sólo trata de preservar sus personales creencias y como quiera que la restricción del Derecho a la Libertad, se ha de basar en la protección a un tercero o a toda la comunidad, lo que no sucede en el presente caso ya que la decisión expresada por aquella lo ha sido de forma consciente y en plena facultades mentales psíquicas al no perjudicar a nadie más que a ella, es procedente no autorizar la transfusión sanguínea solicitada”.

Finalmente, de fecha reciente, encontramos el auto del juzgado de instrucción nº 20 de Madrid de 13 de febrero de 2008 en el que se enjuició la actitud del Hospital Madrid Norte Sanchinarro, el cual frente a la falta de una resolución autorizadora de realización de una transfusión de sangre y la petición consiguiente del Hospital de un alta forzosa, el juez sostuvo que no podía pronunciarse sobre la confirmación o revocación del alta forzosa de la paciente pues no se aportaba informe del alta en las condiciones reguladas en la ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación médica ya que “no se concreta ni se documenta por el responsable médico la existencia o no de tratamientos alternativos sustitutivos o paliativos a la transfusión o en su caso la aceptación o rechazo de los mismos por la paciente”. Con lo cual no cabe proceder a un alta forzosa por el mero hecho de ser un paciente testigo de Jehová que no desea ser transfundido. Se le deben ofrecer tratamientos médicos alternativos sin sangre que existen y pueden ser utilizados en el supuesto concreto. Si se realizan operaciones sin sangre en hospitales privados lo mismo debería suceder en los hospitales públicos pues en estos momentos de escasez de sangre en los bancos de sangre el ahorro de la sangre es un ítem que mide la eficiencia de un hospital público.

III. EL REGISTRO NACIONAL DE INSTRUCCIONES PREVIAS

En la Ley 41/2002, de 14 de diciembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se regula en su art. 11 el documento de instrucciones previas, mediante el cual “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. Por tanto, independientemente de la terminología utilizada, bien instrucciones previas o voluntades anticipadas, desde una terminología más anglosajona, el objeto del documento de instrucciones previas es plasmar la voluntad de un individuo -instrucciones expresas- en referen-

cia al derecho de autonomía que le asiste y respecto a situaciones en la que previsiblemente el sujeto afectado esté privado de capacidad para decidir.

Asimismo, de acuerdo con el apartado 5 del art. 11, se establece que se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas, que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Esta indicación ha hecho necesaria la aprobación del Real Decreto 124/2007¹⁷, de 2 de febrero, por el que se crea el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Este registro nacional, tal y como igualmente indica el apartado 5 del art. 11 de la Ley 41/2002, recogerá también las inscripciones practicadas en los registros autonómicos, por lo que posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las Comunidades Autónomas¹⁸. Este registro nacional de instrucciones previas permite expresar que no se desean transfusiones de sangre, y tras su entrada en vigor ningún equipo médico podrá alegar falta de conocimiento de la voluntad firme de un paciente de no desear recibir una transfusión sanguínea; por consiguiente, ante cualquier transfusión sus seguros de responsabilidad civil tendrán conocimiento de una demanda y previsiblemente una querrela, pudiendo incluso ir a la cárcel cuando al paciente haya sido objeto de una transfusión y no se haya encontrado en ese momento en una situación de urgencia vital¹⁹.

Debemos destacar que una vez la entrada en funcionamiento del registro nacional de instrucciones previas²⁰, los médicos cuando cumplan la voluntad del paciente de no ser transfundido tiene una exención de responsabilidad legal pues al cumplir la voluntad del paciente declarada en el registro nacional de instrucciones previas anticipadas no minusvaloran la voluntad del paciente y no pueden ser acusados por denegación de auxilio. Debemos señalar que lo que aparece en el registro se debe cumplir de forma imperativa por parte del equipo médico, como sucedió en Valencia en junio de 2007, cuando a una paciente testigo de Jehová ingresada en el Centro de Rehabilitación de Levante no pudo ser transfundida sangre aunque los médicos lo aconsejaron y solicitaron al juez que fuera transfundida. El juez certificó la validez de la negativa expresada en el registro valenciano de instrucciones previas y no pudo ser transfundida esta creyente testigo de Jehová.

En el registro de últimas voluntades una persona puede expresar su voluntad respecto a que si no puede tomar parte activa en las decisiones relativas a su futuro, y si no existen expectativas de curación de la invalidez física o mental, que no se utilicen medios extraordinarios (Asociación de los Hospitales Católicos de EE.UU, ya en 1974), o medios artificiales o heroicos (Testamento de la Vida de la Sociedad Americana de la Eutanasia) para prolongar su vida. El problema se presenta cuando estas certificaciones de voluntad - testamentos vitales -, en países como Italia, Alemania y Austria ²¹, no vinculan a los equipos médicos si el paciente ha perdido la consciencia, pues se sobreentiende que es totalmente posible que la declaración de voluntad haya podido ser revocada con posterioridad a la firma del testamento vital, o que desde la fecha de la firma haya habido avances en las técnicas médicas quirúrgicas o de diagnóstico que el paciente no tuvo en cuenta a la hora de firmar el testamento vital, o que el paciente haya modificado su negativa frente algunos tratamientos.

Frente a esta posibilidad debemos preguntarnos: ¿dónde queda la autonomía del paciente?, ¿dónde queda la dignidad personal frente a técnicas e intervenciones invasivas, y en ocasiones dañosas, que son consideradas por el paciente como una violación a su ser?, ¿si la familia es partícipe de la opinión del paciente por qué antecede ante esta opinión la declaración médica hipocrática del equipo médico que pretende mantener la vida sea como sea?, ¿por qué un equipo médico se antepone ante la familia y el paciente?, ¿qué sucede si tras la intervención médica muere el paciente, o su situación empeora sin posibilidad de regeneración?, ¿quién paga unos honorarios por una intervención no solicitada?. Estas preguntas quedan abiertas al lector y en el fondo traslucen esas luchas por un Estado hobbesiano o lockiano que se perciben en los estudios realizados en autores como el reciente desaparecido Robert Nozick. Tal vez una postura de más diálogo entre los médicos y los pacientes –la alianza terapéutica- hubiera hecho fractura a un exceso de paternalismo que no tiene sentido en la actualidad como -por ejemplo, aquel supuesto de pedir a un testigo de Jehová su consentimiento a ser transfundido sangre para una simple extracción de una uña-, pero también hubiera incidido en el hecho de que libertad no es libertinaje, y el sentido de la libertad y la autonomía de la persona, como lo hacen, desde el principialismo, BEAUCHAMP y CHILDRESS al afirmar que:

“(...) si un testigo de Jehová rechaza una transfusión de sangre a causa de una convicción profunda en este terre-

no, está en juego un interés vital de la autonomía. Intervenir coercitivamente practicándole la transfusión constituiría una vulneración sustancial de la autonomía y por tanto injustificable” (1999, 269).

Así como también se pone de relieve en la *Encyclopedia of bioethics*, en su reciente tercera edición,

“In general, informed adult patients with decisional capacity have an ethically supported right to refuse medically recommended treatment, including treatment that is life-sustaining and death-preventing. This is true regardless of the patient’s motive or rationale and whether the refusal is religiously based or not” (2004, 1343).

Y, en un autor como Diego Gracia, el más influyente autor de Bioética en España, para quien:

“En el caso del testigo de Jehová adulto que decide sobre su propia vida, la tabla de derechos protege su decisión mediante el derecho a la libertad de conciencia. En su tabla de valores, por otra parte, las creencias religiosas no hay duda de que tienen rango superior al mero valor biológico de la vida humana. Y, en fin, se supone que al tomar esta decisión goza de perfecta capacidad psíquica y carece de coacciones externas. Por tanto, tendríamos que concluir que la decisión tomada es éticamente “correcta”. (1989, 585)

A. Normas de regulación en Castilla-La Mancha

En la Comunidad de Castilla-La Mancha se promulgó la Ley 6/2005, de 7 de julio, de voluntades anticipadas ²², y conforme a su Disposición Adicional Primera, en la que se estipula la aprobación del reglamento que regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, se promulgó el Decreto 15/2006, de 21 de febrero ²³. Finalmente, con la Resolución de 8 de enero de 2008 ²⁴, sobre creación de nuevos puntos del Registro de Voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha, se ha cerrado, de momento, la normativa sobre esta materia.

B. Jurisprudencia

Un auto interesante que debe ser recordado es el Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª) de 22 septiembre 2004 - Recurso de Apelación núm. 2086/2004-. Se trata de un Recurso Subsidiario de Apelación contra el auto de fecha 7 de abril de 2004, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de San Sebastián, en el que se acordaba la desestimación del Recurso de Reforma interpuesto contra el auto de fecha 12 de enero de 2004 que acordó la autorización de la transfusión sanguínea al Sr. X con motivo de una intervención quirúrgica. El demandante otorgó un Documento de Voluntad Anticipada, al amparo de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre. Como los médicos atendían al demandante no se atrevieron a transfundir en contra de la voluntad de éste, trataron de amparar su actuación en el permiso del juez. Éste dio permiso a los médicos para trasfundir, infringiendo, según el auto, la normativa señalada pues hace referencia a un supuesto contemplado en la Ley General de Sanidad que no era aplicable al caso, en concreto se refiere el juez a los supuestos en que no es necesario consentimiento escrito para someterse a una intervención, y concretamente a aquel en que la urgencia de la situación no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Según quedó demostrado, la intervención que se le practicó al demandante no era urgente, sino programada con el previo acuerdo del enfermo y debía practicarse en los términos expresados en el Documento de Voluntad Anticipada. El demandante, antes de someterse a la operación, siendo conocedor de los riesgos existentes tras recibir la información adecuada, decidió libremente que en caso de necesitar una transfusión, ésta no se le practique, decisión que tiene por causa sus creencias religiosas como miembro de la Comunidad de los Testigos de Jehová. El consentimiento del paciente existía en el momento en que se presenta la necesidad de transfundir, aunque en ese momento se encontrara inconsciente, porque también tal posibilidad se había previsto por el propio enfermo en el Documento de Voluntad Anticipada. Y mediante dicha manifestación libre, el paciente exoneraba a los facultativos de tomar cualquier decisión durante la operación, referente a la necesidad de transfundir, porque la decisión la había tomado él mismo previamente.

Se solicitó por parte del demandante testigo de Jehová la nulidad del auto dictado el 12 de Enero de 2004, lo cual acarrearía la pérdida de efectos de dicha resolución, o lo que es lo mismo, la procedencia de la denegación de la autorización, lo cual, a juicio de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, carecía de relevancia, porque lo que no puede dejarse sin

efecto son las consecuencias de la transfusión. Y en definitiva, continua el auto, *la única consecuencia de la estimación del recurso es la obtención de una resolución favorable a la tesis del apelante en apoyo de sus convicciones, pero no puede modificar las consecuencias derivadas de la resolución recurrida.*

La consecuencia de esta sentencia es que se pueden derivar responsabilidades por la “omisión” de la aplicación del art. 11.2 de la Ley 41/2002, es decir, por la omisión que se desprende del deber que tiene cada servicio de salud de regular el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona. Téngase en cuenta que, respecto al régimen sancionador, la disposición adicional sexta de la misma Ley, establece que las infracciones quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad –arts. 32 a 37-, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedentes en derecho. De todas formas, hay que tener en cuenta, como advierten VILALTA Y MÉNDEZ ²⁵, que algunas leyes autonómicas relativas a la salud han establecido un régimen propio de infracciones y sanciones. Vid. en este sentido, los artículos 52 y ss. de la Ley 10/2001, de 28 de junio (Extremadura); artículos 78 y ss. de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre (Cantabria); artículos 54 y ss. de la Ley 5/2003, de 4 de abril (Islas Baleares); y artículo 50 de la Ley 8/2003, de 8 de abril (Castilla y León) ²⁶. Finalmente, hemos de manifestar, que estamos de acuerdo con VILALTA Y MÉNDEZ ²⁷ en que hay que tener en cuenta el tipo de personas a las que sean imputables las correspondientes infracciones, dado que, dependiendo por ejemplo del Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social o de que se esté ante personal sanitario adscrito a centros públicos, es posible aplicar también el régimen de responsabilidad profesional o estatutaria correspondiente.

IV. CONCLUSIONES

Ya en el postrero año de 1946, la Organización Mundial de la Salud definió como salud un estado completo de bienestar físico, mental y social, no consistiendo la salud, por lo tanto, únicamente en la ausencia de afecciones o enfermedades, añadiendo que la posesión de la salud, en su grado máximo, constituye uno de los derechos fundamen-

tales de cada ser humano. Analizando esta definición de salud observamos que se integra dentro de la salud tanto aspectos físicos como psíquicos con lo cual hay que tener en cuenta la concepción propia de salud que tiene cada persona.

Y, he aquí que el consentimiento informado auxilia al paciente para no perder su concepción de salud y velar ante la obligatoriedad de tratamientos médicos que no siempre buscan el bienestar del ciudadano sino mas bien otros intereses como sucede con las bonificaciones a aquellos médicos que prescriben el medicamento más eficiente que es el medicamento más barato. Por ello la imposición de tratamientos médicos contrarios a las creencias morales-espirituales de los pacientes sería una actitud maleficente pues aquel *primum non nuocere* hipocrático se refiere tanto al aspecto físico como al aspecto psíquico.

El desconocimiento del bienestar del paciente conlleva que el médico pierda el sentido de su profesión y de la pertenencia a la más sublime de las profesiones existentes que parangonaba Moses Ben Maimon (más conocido por Moses Maimonides) respecto el arte médico.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ PRIETO, L., “Breves acotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los testigos de Jehová”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 1, 2003.

ARIGA, T.; HAYASAKI, S., “Medical, legal and ethical considerations concerning the choice of bloodless medicine by Jehovah’s Witnesses”, *Legal Medicine* (Tokyo). 2003 Mar;5 Suppl 1:S72-5.

BARCA FERNÁNDEZ, I.; PAREJO MIGUEZ, R.; JULIÁN JIMÉNEZ, A., “Aspectos médico-legales en urgencias”, en JULIÁN JIMÉNEZ, A., *Manual de protocolos y actuación en urgencias, Hospital Virgen de la Salud de Toledo – Hospital Virgen del Valle de Toledo*, 2ª edición, Madrid, 2004.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, Barcelona, 2002 (1ª reimpresión).

BLAS ORBÁN, Carmen, *El equilibrio en la relación médico paciente*, Bosch, Barcelona, 2006.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al Testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.

DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003.

Encyclopedia of bioethics, 3rd edition, Macmillan - Thomson, New York, 2004.

ENGELHARDT, Hugo Tristram, *Los principios de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L.; KING, Nancy M. P., *A history and Theory of informed consent*, Oxford University Press, New York, 1986.

GRACIA GUILLÉN, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Dykinson, Madrid, 2006.

GRACIA GUILLÉN, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989.

JIMENA QUESADA, Luis, “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”, en TOMÁS-VALIENTE LAMUZA, Carmen (dir.), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch – Universitat de València, Valencia, 2006.

LARIOS RISCO, David, “Decisiones clínicas y autonomía de los pacientes testigos de Jehová: Aspectos jurídicos”, *Cuadernos del Master en Derecho Sanitario*, Madrid, 2002.

LEÓN SANZ, Pilar (ed), *La implantación de los derechos de los pacientes. Comentarios a la Ley 41/2002*, Eunsa, Pamplona, 2004.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., “El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo (II)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 123, 2006.

OLICK, Robert S., “Brain Death, Religious Freedom, and Public Policy. New Jersey’s Landmark Legislative Initiative”, en BEAUCHAMP, L.; VEATCH, Robert M., *Ethical issues in death and dying*, 2nd edition, Prentice Hall, Upper Saddle River, 1996.

POST, Stephen G. (edited by), *Encyclopedia of bioethics*, 3rd edition, Macmillan - Thomson, New York, 2004.

PUNZÓN MORALEDA, Jesús; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “La Administración pública electrónica: Procedimiento administrativo telemático y Notificaciones Telemáticas”, en *E-Administración*, Escuela Riojana de Administración Pública, Logroño, 2006.

RETAMALES, Avelino, “Pasado, presente y futuro del trabajo cooperativo, entre la comunidad Médica y testigos de Jehová”, *Revista Hospital Clínico Universidad de Chile* vol. 11, n 4, 2000.

-. “autonomía del paciente: Ejemplo de los testigos de Jehová”, *Revista Chilena de Cirugía*, vol. 55, n° 5, octubre 2003.

-. “autonomía del paciente: los testigos de Jehová y la elección de alternativas a la transfusión”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 2006 71(4).

RIDLEY, Donald T., “Jehovah’s Witnesses’ refusal of blood: obedience to scripture and religious conscience”, *Journal of Medical Ethics* 1999; 25:469-472.

RÍOS BARRIENTOS, Mario, “El consentimiento informado y las anticoncepciones quirúrgicas en el mundo andino”, en *VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario – I Reunión Iberoamericana del Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina – Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Comares, Granada, 2003.

STRAUSS, SA, “Refusal of blood transfusion by Jehovah’s Witness”, *Doctor, Patient and Law*, 2: 25-31, 1984.

SUMMERTON, Mike, “Its my life - The Jehovah’s Witness Perspective, *TRANSACTIONS Journal (Colleges of Medicine of South Africa)*, volume 49, number 2 (Jul-Dec 2005).

VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, Rosa M., *Responsabilidad médica*, Ed. Bosch, 3ª ed., Barcelona, 2003.

WATCHTOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY OF NEW YORK/ INTERNATIONAL BIBLE STUDENTS ASSOCIATION, *Los testigos de Jehová y la cuestión de la sangre*, New York, 1977.

-. *Los testigos de Jehová, proclamadores del Reino de Dios*, Roma, 1993.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, “¿La ausencia de consentimiento informado es un daño moral indemnizable?”, en *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2001.

NOTAS:

1 Vid, de igual forma, en otros marcos espaciales diferentes, RÍOS BARRIENTOS, Mario, “El consentimiento informado y las anticoncepciones quirúrgicas en el mundo andino”, en VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario – I Reunión Iberoamericana del Derecho Sanitario, Fundación Mapfre Medicina – Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2002, 387-411. También Tomonori ARIGA y Shiro HAYASAKI (“Medical, legal and ethical considerations concerning the choice of bloodless medicine by Jehovah’s Witnesses”, *Legal Medicine* (Tokyo), 2003 Mar;5 Suppl 1:S72-5), que relatan la sentencia del Tribunal Supremo del Japón de 29 de febrero de 2000 que determinó, tres años después de la muerte de la paciente testigo de Jehová Takeda, que la transfusión que recibió esta paciente fue incorrecta pues el derecho al tratamiento médico determinado en una tarjeta de alerta médica es un derecho del paciente que no debe ser obviado por los equipos médicos. Igualmente podríamos recordar la sentencia de 1983 de la South African Supreme Court, asunto Phillips v de Klerk. Strauss, en la cual este tribunal sostuvo que “if a doctor ignores the specific directions of a competent adult and proceeds with a form of treatment which the adult has specifically prohibited, the doctor then would be liable for damages as well as a possible charge of assault.” (Referencia tomada en Strauss, SA, “Refusal of blood transfusion by Jehovah’s Witness”, *Doctor, Patient and Law*, 2: 25-31, 1984).

2 Vid, JIMENA QUESADA, Luis, “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”, en TOMÁS-VALIENTE LAMUZA, Carmen (dir.), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch – Universitat de València, Valencia, 2006, 60-61. A contrario, GRACIA GUILLÉN, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989, 579.

3 Se establecían como excepción del derecho de libre determinación del paciente si el paciente no se sometiera a la intervención médica ésto supusiera un riesgo para la salud pública; cuando exista imperativo legal; cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

4 Por ejemplo, vid, Andalucía (Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada y Decreto 238 de 18 de Mayo /2004 por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía), Aragón (Decreto 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de organización y el funcionamiento del registro de voluntades anticipadas), Asturias (Resolución de 29 de abril de 2008, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de desarrollo y ejecución del Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario), Baleares (Decreto 58/2007 de 27 de abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears), Canarias (Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente registro), Cantabria (Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria, art. 34, y el Decreto 139/2004, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria), Cataluña (Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, art. 8, y el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas), Castilla-La Mancha (Decreto 15/2006, de 21 de febrero de 2006, del registro de voluntades anticipadas), Castilla y León (Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, art. 30, y el Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro de instrucciones previas de Castilla y León), Euskadi (Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el registro vasco de voluntades anticipadas), Extremadura (Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, art. 18, y el Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro.), Galicia (Ley 3/2001, de 28 de mayo de 2001, del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, art. 5 con nueva redacción en el que se cambia la redacción de *voluntades anticipadas* por *instrucciones previas*. Así como el Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro Gallego de Instrucciones Previas sobre cuidados y tratamiento de la salud), Madrid (Orden 645/2007, de 19 de abril, del Consejero Sanidad y Consumo, por la que se regula el otorgamiento de las Instrucciones Previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración), Murcia (Decreto nº 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro), Navarra (Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, art. 9, y el Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el Registro de Voluntades Anticipadas), La Rioja (Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, y el Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja, así como la Orden 8/2006, de 26 de julio, de la Consejería de Salud, sobre la forma de otorgar documento de instrucciones previas ante personal de la administración), Valencia (Ley 1/2003,

de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, art. 17, y el Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consejo de la Generalitat, que regula el Documento de Voluntades Anticipadas y crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunitat Valenciana).

5 Una sentencia parangonable a esta sentencia del Tribunal Constitucional español, y más centrada en el consentimiento informado, la encontramos en Argentina con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de 6 de abril de 1993 (LL-1993-D-126159), recaída en el caso “Marcelo Bahamondez”, en la cual la Corte Suprema de Justicia consideró que no debía imponerse la transfusión sanguínea al paciente como había sucedido en la sentencia recurrida de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que había calificado la conducta del testigo de Jehová como un suicidio lentificado imponiendo la legalidad de la transfusión de sangre. Si bien el caso quedó sin sentido dada el alta médica de este paciente (4 años tardó en enjuiciar la Corte Suprema), la Corte Suprema dictaminó que “el respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...) la negativa del paciente a ser transfundido, supone el ejercicio del señorío sobre su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia”.

6 MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, 105.

7 Vid, en este sentido, el Documento sobre el rechazo de transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona en el año de 2005. Así como, el informe de fecha de 14 de noviembre de 2006, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, en relación con los problemas éticos y jurídicos planteados por la colisión de las creencias religiosas y el derecho a la asistencia sanitaria con cargo al sistema público, cuando se trate de pacientes testigos de Jehová que deban ser sometidos a intervenciones quirúrgicas y soliciten que ésta se lleve a cabo sin transfusión, o presenten reclamaciones por reintegro de gastos causados por la asistencia en unidades de cirugía “sin sangre” de centros sanitarios privados.

8 De igual forma, el auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada de 4 de marzo de 1998.

9 Debemos recordar que el hecho de no aceptar un tratamiento prescrito no conlleva el alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el mismo centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Frente un alta forzosa cabe recurrir judicialmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

10 En su auto el magistrado juez del tribunal de instrucción de Granada sostenía que “un juez, ante la ausencia de una norma jurídica que regule los conflictos vida, integridad física-libertad ideológica, no puede: - entrar a valorar la posibilidad de un tratamiento alternativo, sustitutivo de la transfusión sanguínea con igual eficacia terapéutica. Son cuestiones de libre apreciación como técnicas de diagnóstico y tratamiento. Además el profesional médico nunca responde por el hecho de haberse orientado por una opinión científica de las existentes en conflicto. El juez no puede tomar partido en discusiones científicas. – tampoco puede imponer al médico una conducta que no sólo invade el ámbito de su especializada competencia profesional, sino que va en contra de su *lex artis* y de su diagnóstico. En este caso el mandato del juez sería un intruso con

invasión de competencias.- tampoco puede, so pena de ser calificado de irracional, tras el diagnóstico y tratamiento, ordenar una intervención quirúrgica sin sangre humana y caso de ser necesaria que el médico deje morir al enfermo. Finalmente, caso de existir una norma jurídica que amparase al titular del derecho a la vida frente a la libertad ideológica, el profesional médico estaría asistido de una cláusula de libertad de conciencia. Es decir, otra libertad ideológica: la libertad para defender su concepción del derecho a la vida. En conclusión: si el Derecho fija la inviolabilidad de la vida humana, el juez sólo puede tomar una decisión que respete la vida humana mientras que no se fijen, en su caso, los límites que la vida humana puede tener al amparo de la libertad ideológica” (Vid, en este sentido, el auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Oviedo de 9 de octubre de 2006). En su auto 346/97, de 22 de septiembre de 1997, la Audiencia Provincial de Valladolid igualmente revocó un auto del Juzgado de Instrucción número dos de Valladolid de 30 de julio de 1997 ya que dicho auto dio una respuesta que iba más allá de lo realmente pedido, no correspondiendo a los Tribunales una función de asesoramiento legal.

11 El auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de las Palmas se refería al creyente testigo de Jehová como “una persona que se confiesa miembro de los llamados “testigos de Jehová”. Más adelante, en el fundamento jurídico tercero, afirmaba que “corresponde al ámbito de las libertades religiosa e ideológica garantizadas por la Constitución el integrarse en una secta, iglesia, religión o doctrina que interpretan tales textos bíblicos en el sentido en que lo hacen los “testigos de Jehová” al considerar que con base en ellos no pueden recibir transfusiones de sangre por mandato divino, de ahí que sobre ello ninguna competencia tenga un órgano del poder judicial del Estado. Se trata, pues, de una cuestión que afecta a la vida espiritual de la persona, a sus creencias y conciencia religiosas respetables compártanse o no”.

12 Idéntico contenido se percibe en la argumentación del auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Jaén de 18 de septiembre de 2003.

13 BARCA FERNÁNDEZ, I.; PAREJO MIGUEZ, R.; JULIÁN JIMÉNEZ, A., “Aspectos médico-legales en urgencias”, en JULIÁN JIMÉNEZ, A., *Manual de protocolos y actuación en urgencias, Hospital Virgen de la Salud de Toledo – Hospital Virgen del Valle de Toledo*, 2ª edición, Madrid, 2004, 24.

14 En el fundamento jurídico cuarto de este auto, la Audiencia Provincial de Ciudad Real sostuvo que “la decisión del sujeto, para su validez, habría de contar con unos mínimos presupuestos que condicionan su eficacia y perseguir o estar orientada a un fin lícito. Desde el primer punto de vista, se requiere que la decisión adoptada por el sujeto sea consciente, lo que exige que el titular del derecho tenga las imprescindibles condiciones psicológicas y además que cuente con la información precisa para tener completo juicio. De lo contrario, esto es, si se trata de un menor o incapaz, o carece de las condiciones precisas para formar y expresar su decisión, «primaría la faceta o aspecto de protección del derecho a la vida y la salud, en cuanto no se le podría oponer una manifestación consciente de voluntad, sin que fuera lícito, dado el carácter personalismo de este derecho, que otras personas lo ejercieran en nombre de aquél».

15 En su auto, la Audiencia Provincial de Toledo sostuvo que “la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, entre los que se encuentra el derecho a la vida (la vida tiene «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (STC 53/1985 [RTC 1985, 53] y

120/1990 [RTC 1990, 120]); y además, es igualmente oportuno señalar, siguiendo la misma doctrina constitucional (STC 120/1990, de 20 de junio y 137/1990, de 19 de julio [RTC 1990, 137]), que el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»; y no puede afirmarse, a priori, que una persona sea libre de arrostrar la propia muerte y que ello constituya un derecho fundamental, que es lo que parece pretender el recurrente, sino meramente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro ordenamiento constitucional, de modo que no puede convenirse en que la paciente goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser, lo que lleva al rechazo del recurso”.

16 Recordemos que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, determina que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (1) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. (2) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. (3) Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

17 BOE de 15 de febrero de 2007, núm. 40.

18 El procedimiento registral es el siguiente: inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de este registro lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada. A tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el anexo del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas -(es decir: Comunidad Autónoma, unidad responsable del registro autonómico, persona autorizada que comunica la inscripción, fecha y hora, datos del documento inscrito, expresión de la voluntad con carácter previo, expresión anticipada de voluntades, documento de voluntades vitales anticipadas, documento de instrucciones previas, identificación del declarante: nombre y apellidos – sexo - DNI o pasaporte - n.º tarjeta sanitaria o código de identificación personal- fecha de nacimiento – nacionalidad - domicilio (ciudad, calle, número) - n.º de teléfono - identificación del representante: nombre y apellidos, DNI o pasaporte, domicilio -ciudad, calle, número-, n.º de teléfono, datos de la inscripción: registro donde se ha realizado - fecha de inscripción, localización del documento -, modalidad de la declaración: primer documento - modificación (alteración parcial del contenido del documento ya inscrito sin privación total de sus efectos), sustitución (privación de efectos al documento ya inscrito y otorgamiento de uno nuevo en su lugar), revocación (privación total de efectos del documento ya inscrito sin otorgar otro en su lugar). En el caso de que exista ya otra declaración, se consignarán también los datos de la inscripción primitiva. Formalización de la declaración: ante notario, ante testigos, ante la Administración. Materia de la declaración: cuidados y tratamiento. Destino del cuerpo del otorgante o de los órganos una vez fallecido. Copia del documento de

instrucciones previas inscrito en el registro autonómico)-, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática. Recibida la comunicación telemática de esos datos, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, notificándose el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático. Cuando la información mínima resulte incompleta o se apreciara algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se le señale, que no será superior a 15 días. Transcurrido el referido plazo sin suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento. Vid, al respecto, nuestro artículo, “La Administración pública electrónica: Procedimiento administrativo telemático y Notificaciones Telemáticas”, en *E-Administración*, Escuela Riojana de Administración Pública, Logroño, 2006.

19 El catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Málaga, José Castilla Gonzalo (“Problemas médico legales de las transfusiones”, en MUÑOZ GÓMEZ, Manuel (coordinador), *autotransfusión y otras alternativas al uso de sangre homóloga en cirugía*, Universidad de Málaga, Málaga, 1999, 89), señalaba hace ya tiempo que “para la administración de sangre ha de contarse con el consentimiento informado, y a mi juicio también explícito, del paciente”.

20 Si bien pudiera plantearse problemas cuando no existen registros autonómicos ni se haya dictado normativa al respecto, como el supuesto de Asturias, Ceuta y Melilla, la solución en estos casos la aporta la disposición transitoria única del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal (BOE n. 40, de 15 de febrero de 2007) que regula el otorgamiento de instrucciones previas en Comunidades Autónomas que no han regulado el procedimiento, al disponer que:

1. Cuando una Comunidad Autónoma no haya regulado el procedimiento al que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la persona que desee otorgar instrucciones previas o, en su caso, su representante legal o la persona designada a tal efecto, en el propio documento, por el otorgante, las presentará ante la autoridad sanitaria de dicha Comunidad Autónoma, la cual en el plazo y condiciones fijados en el artículo 3 de este Real Decreto deberá remitirlas al Registro nacional para su inscripción provisional, el cual notificará dicha inscripción provisional a la Comunidad Autónoma correspondiente.

2. En estos casos, tales instrucciones previas y los documentos que las acompañen quedarán en depósito y bajo la custodia del Registro nacional hasta tanto se cree el correspondiente registro autonómico.

3. Creado ese registro, el Registro nacional de instrucciones previas le hará entrega de las instrucciones y documentos en él depositados conforme lo dispuesto en el apartado anterior y, al propio tiempo, notificará a los interesados esta entrega. El registro autonómico, por su parte, comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días, la inscripción efectuada, y tomará carácter definitivo en esta inscripción que, en su momento, se realizó provisionalmente.

4. En lo que se refiere a estas inscripciones, el acceso al Registro nacional de inscripciones previas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 4.

21 A diferencia de estos países se encuentra la vinculación existente en el derecho americano. En la sentencia de 2001 del Tribunal Superior de Pennsylvania, recaída en el asunto *In re Duran*, 769 A.2d 497, el marido de una creyente testigo de Jehová dio su permiso para que su mujer fuera transfundida en contra del consentimiento expreso de su mujer de no someterse a una transfusión de sangre para lo cual previamente había nombrado un fiduciario para que fuera respetada su opinión. El Tribunal Supremo de Pennsylvania dictaminó que la decisión del tribunal de circuito de nombrar como guardián de emergencia al marido de esta señora para permitir la transfusión de sangre no era ajustada a derecho pues la opción del paciente no era ofensiva a la ética médica, no era injuriosa respecto otros ciudadanos y, dicha decisión no tenía como finalidad el suicidio.

22 DO. Castilla-La Mancha de 15 de julio de 2005, núm. 141.

23 DO. Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2006, núm. 42.

24 DO. Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008.

25 Vilalta, A. Esther y Méndez, Rosa M., *Responsabilidad médica*, Ed. Bosch, 3^a ed., Barcelona, 2003, nota al pie 162, pág.115.

26 En sentido similar se expresan Vilalta, A. Esther y Méndez, Rosa M., *Responsabilidad...*, *Op. cit .pág. 625*.

27 Vilalta, A. Esther y Méndez, Rosa M., *Responsabilidad...*, *Op. cit .pág. 626*.

DICTÁMENES

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE EXPEDIENTE INSTRUIDO AL EFECTO
DE ACORDAR LA CADUCIDAD DE LAS
CONCESIONES DE EXPLOTACIÓN “X”, “Z” Y
“T”, CUYA TITULARIDAD CORRESPONDE A LA
COMUNIDAD DE HEREDEROS “W”.**

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Circunstancias anteriores al inicio del procedimiento de caducidad.-

1. Sobre las concesiones. Plazo y arrendamiento. Las concesiones de explotación de las minas “X” y “Z” para el mineral del carbón, ubicadas en Puertollano (Ciudad Real), fueron otorgadas a favor W el 17 de noviembre de 1874 y 1 de diciembre de 1881, respectivamente.

Al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, se acordó, por Resolución del Director General de Minas de 24 de julio de 1980, la consolidación de los derechos mineros por un periodo de 30 años prorrogable por periodos iguales hasta un máximo de 90.

Con fecha 25 de abril de 1984, la Dirección Provincial del Ministerio de Industria y Energía otorgó la concesión “T”.

Previamente, el 15 de febrero de 1980, los titulares de la concesión habían suscrito un contrato de arrendamiento de la explotación con D. K. Dicho contrato fue objeto de prórroga el 11 de noviembre de 1981, 15 de diciembre de 1983 y 15 de diciembre de 1989, por lo que su vigencia definitiva se extendía hasta 15 de febrero de 2020, esto es, más allá incluso de la vigencia del plazo concesional.

2. Plan de cierre, abandono, seguridad y restauración de las minas J. Mediante Orden del Ministerio de Industria y Energía de 18 de febrero de 1998, se convocaron ayudas destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas en planes de modernización, reestructuración y racionalización de la actividad de las empresas mineras del carbón. Dicha Orden desarrollaba el Real Decreto 2020/1997, de 26 de diciembre, por el que se establece el régimen de ayudas para la minería del carbón y desarrollo alternativo de las zonas mineras. Esta última norma preveía expresamente como beneficiario de las ayudas a la UTE (G).

La Unión temporal de empresas, G, presentó, al amparo de la convocatoria anterior, un Plan de modernización, reestructuración y racionalización que preveía la reducción total del suministro de carbón a partir del mes de junio de 2000.

Mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Economía, de Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, de 25 de mayo de 2000, se otorgó a la Unión temporal de empresas, G, una subvención de 635.652.877 pesetas, destinadas a compensar las reducciones de suministro superiores al 15%.

Por otra parte, el Sr. K presentó el 28 de febrero de 2000, ante la Consejería de Industria y Trabajo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha una solicitud de abandono definitivo de las labores de explotación, así como un Plan de cierre, abandono, seguridad y restauración de la mina J.

El mencionado Plan fue aprobado mediante Resolución de 18 de abril de 2000, de la Directora General de Desarrollo Industrial de la Consejería de Industria y Trabajo, condicionado al desmantelamiento de la planta de lavado y clasificación de carbones y acondicionamiento de los terrenos en que se ubica, así como a la presentación de tres avales bancarios destinados a garantizar las labores previstas en el citado Plan.

En visita girada el 13 de junio de 2000 por el Jefe de Servicio de Minas de la Delegación Provincial de la Consejería de Industria y Trabajo, se constató la finalización de las labores de terminación previstas en el Plan, por lo que se informó favorablemente la liberación de los avales prestados.

El día 14 de junio de 2000, D. K presentó escrito dirigido al Delegado Provincial de la Consejería de Industria y Trabajo, por el que manifiesta *“la renuncia expresa a la explotación de los derechos mineros que se derivan del contrato de arrendamiento que tengo suscrito con la Comunidad de herederos W, y del que obra copia autorizada en el expediente de esa Delegación”*. La presentación de este escrito se realizó con la finalidad de cumplir el requisito establecido en el apartado noveno, letra b), de la mencionada Orden de 18 de febrero de 1998, que señala *“Renuncia escrita a la titularidad de la concesión minera ante la autoridad competente o, en su caso, renuncia expresa al contrato de arrendamiento sobre dicha concesión, en los casos de reducción total”*.

Desde esa fecha la actividad minera se ha paralizado, realizándose únicamente las labores previstas en el Plan de cierre, las cuales se habían terminado el 13 de junio de 2000, según informe del Jefe de Servicio de Minas.

Por otra parte, no consta en el expediente que los concesionarios hayan realizado actuación alguna contra el citado Plan de cierre.

3. Requerimiento a los concesionarios para que reanuden la actividad minera. Transcurridos cerca de dos años desde la finalización de las labores de restauración de terrenos previstas en el Plan de cierre de las minas y, sin que obre en el expediente resolución alguna que cuestione ni el fundamento ni la eficacia de la Resolución que aprobó el citado Plan, el Delegado Provincial de la Consejería de Industria y Trabajo en Ciudad Real comunicó, el 8 de abril de 2002, a la Comunidad de herederos W que *“habiéndose abandonado las labores de explotación por parte de D. K [...], de las que era arrendatario, así como resuelto el contrato de arrendamiento citado se requiere al actual titular de la C.E. nº X, C.E: nº Z y C.E. nº T, para que en el plazo de un mes desde la recepción de esta notificación, presente en esta Delegación Provincial la documentación que a continuación se relaciona [..]. Plan General de Explotación, que contemple la actividad minera a realizar en los siguientes cinco años [..]. Plan de Restauración []. Estudio de Impacto Ambiental [...]. Estudio Geotécnico de Estabilidad de Taludes [..]”*. Asimismo se apercibía de que la falta de presentación de los mismos, dará lugar al inicio del cómputo del plazo de seis meses que dispone el artículo 106 (Sic) del Real Decreto 2857/1978, a efectos de caducidad de las concesiones mineras.

Al anterior requerimiento contesta, el 9 de mayo de 2002, D. F, en su condición de copropietario de la Comunidad de Herederos W, en que se viene a oponer, desde antes de su inicio, al expediente de caducidad de las concesiones mineras.

En extracto alega, que dicha explotación venía siendo realizada por D. K en calidad de arrendatario. Que el citado arrendatario procedió a resolver unilateralmente el contrato suscrito, tras presentar y serle aprobado por la Administración autonómica, un *“Plan de cierre, abandono, seguridad y restauración de las minas J, destinado al abandono definitivo de labores”*. Indica asimismo, que dicha resolución arrendaticia fue un requisito preceptivo para que el arrendatario accediera a una subvención de 635 millones de pesetas .

Estima el interesado que la caducidad de la concesión es una sanción que se impone al concesionario cuando éste incumple abierta y reiteradamente las obligaciones esenciales propias de la concesión, por lo que en el presente caso resulta improcedente, pues la misma no está motivada por la actuación del concesionario, sino por la propia Administración concedente la que *“fomenta, alienta y favorece la no explotación del objeto de la concesión”*.

En este sentido, añade que *“La Administración Pública ha autorizado ese cierre y abandono definitivos de la explotación de las minas, por lo que es manifiestamente arbitrario que, ahora, exija un Plan de explotación bajo sanción de caducidad, si no se explotan unas minas cuya explotación ha sido subvencionada con cientos de millones de pesetas”*.

4. Pleito civil entre los concesionarios y el arrendatario. Este Consejo ha tenido conocimiento y ha incorporado a la documentación del expediente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 120/2008, de 3 de abril, (JUR \2008\180908), dictada en apelación contra la Sentencia de 15 de noviembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid.

A través de dichas sentencias se comprueba que los concesionarios de las minas reclamaron y obtuvieron que se realizase a costa del arrendatario demandado la plena restauración de los terrenos donde se ubicaba la explotación hasta dejarlos en condiciones de servir al uso agrícola. Asimismo, la comunidad titular de las concesiones ha obtenido en sede judicial una resolución favorable a la percepción de una indemnización económica por importe de 450.524,13 euros por los daños derivados del incumplimiento contractual, para cuyo cálculo se ha tenido en cuenta, no sólo el canon arrendaticio y la duración del contrato, que se extendía hasta el año 2020, sino también la subvención concedida al arrendatario por el cierre de la explotación.

Segundo. Declaración de caducidad y anulación judicial. Con fecha 24 de abril de 2003, el Jefe de Servicio de Minas de la Consejería de Industria y Trabajo propuso la iniciación de expediente de caducidad de las concesiones mineras “X”, “Z” y “T”, al amparo de los artículos 86.4 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y 109 letra g) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, que disponen que las concesiones se declararán caducadas *“Cuando, habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas, según proceda, no se reanuden en el plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento”*.

En la tramitación del expediente se incumplió un trámite que lo viciaba de nulidad cual era el solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo establecido en el artículo 54.9 letra d) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

La instrucción se redujo a notificar el acuerdo de inicio a quien se estimó representante legal de la comunidad de herederos titular de la concesión y al informe de la Delegación provincial de la Consejería. Mediante resolución de 5 de septiembre de 2003, el Consejero de Industria y Trabajo acordó la caducidad de las concesiones de explotación “X”, “Z” y “T”, por inactividad al amparo del artículo 109 letra g) del Reglamento General de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto.

La citada resolución fue impugnada ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por D. F y D. N, en su condición de partícipes de la Comunidad de Herederos W, titular de las concesiones.

El citado Tribunal, en Sentencia nº 86, de 5 de marzo de 2007, acordó la anulación de la Resolución de caducidad al estimar que la carencia del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha originaba, por su naturaleza y alcance, la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, por lo que no pasó a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Tercero. Retroacción del procedimiento.- A la vista de la anterior Sentencia, el Consejero de Industria y Tecnología, retrotrajo el procedimiento y solicitó el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo, sobre la caducidad de las concesiones mineras objeto del expediente.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su reunión de 10 de mayo de 2007 acordó la devolución del expediente a la Consejería instructora al estimar que existía un vicio en la tramitación que podría conllevar la nulidad de lo actuado. En concreto este Consejo señaló: *“En el presente caso, del expediente resulta que el número de cotitulares era en 2002 de 44, teniendo todos ellos la condición de interesados en el procedimiento, de acuerdo con el concepto de interesado que establece el artículo 31.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo las actuaciones realizadas en la instrucción del procedimiento sólo se han comunicado a dos de ellos, sin que en el expediente remitido para dictamen obre*

poder de representación alguno de los demás afectados a favor de los intervinientes que, por otra parte, manifestaron actuar en su propio nombre y derecho y no en el de los demás (escrito de 12 de mayo de 2002, de D. F)”.

En consecuencia se propuso la iniciación del procedimiento, llamando al mismo a todos los interesados.

Sin llegar a iniciar un nuevo procedimiento, la Secretaría General Técnica de la citada Consejería procedió a notificar a los interesados titulares de las concesiones de los que se tiene constancia en el expediente, que disponían de un plazo de 15 días para efectuar las alegaciones que estimasen oportunas al expediente de caducidad tramitado. Asimismo se procedió a la publicación del citado acuerdo en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 140 de 4 de julio de 2007.

Remitido nuevamente el expediente a este Consejo, se acordó en sesión celebrada el 5 de diciembre de 2007, que procedía la devolución del expediente a la Consejería instructora al haberse detectado que el procedimiento se encuentra caducado, sin que por parte del Consejo Consultivo proceda emitir dictamen alguno teniendo en cuenta que la adopción de una eventual resolución en un procedimiento afectado de caducidad estaría incurso en causa de nulidad.

Cuarto. Acuerdo de iniciación de un nuevo procedimiento.- Mediante Resolución de 29 de abril de 2008, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, se acordó el inicio del expediente de caducidad de las concesiones de explotación minera “X”, “Z” y “T”, sitas en el termino municipal de Puertollano (Ciudad Real).

Se fundamenta dicho acuerdo incoatorio en la concurrencia de la causa prevista en el artículo 109 letra g) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, que disponen que las concesiones se declararán caducadas *“Cuando, habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas, según proceda, no se reanuden en el plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento”*.

Señala la resolución que, con fecha 11-04-2002, la Delegación Provincial de Industria y Trabajo de Ciudad Real, requirió a los concesionarios para que en el plazo de un mes aportasen un plan general de explotación, plan de restauración, un estudio de impacto ambiental y un estudio geotécnico de taludes, toda vez que, *“rescindido el contrato de arrendamiento correspondía al titular del derecho minero afrontar su explotación”*. Asimismo se apercibía de que en caso contrario se procedería a decla-

rar la caducidad de las concesiones, al amparo de lo establecido en el artículo 109 g) del Reglamento General para el Régimen de la Minería.

Añade que, *“con fecha 04-03-2008, se giró visita a los terrenos ocupados por los registros mineros, pudiendo constatarse que persistían las condiciones de inactividad”*.

Quinto. Alegaciones de los concesionarios durante el trámite de audiencia.- Notificado el anterior escrito, a los numerosos integrantes de la comunidad de herederos W y publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 14 de mayo de 2008 (DOCM nº 99), se presentaron alegaciones, con fecha 21 de mayo de 2008, por D^a: H, actuando en representación de D. N y D^a B, integrantes de la citada comunidad de herederos, quienes actúan en nombre propio y en beneficio de la Comunidad.

Mediante dicho escrito se oponen a la caducidad pretendida al estimar que para que opere debe concurrir un incumplimiento por parte del titular de la concesión, y no procede cuando se trata de incumplimientos ajenos a la voluntad de los concesionarios.

Señala que la inactividad fue exigida por la propia Administración al arrendatario anterior, siendo el cierre y desmantelamiento de las minas un requisito exigido para la concesión a dicho arrendatario de una subvención de 635 millones de pesetas, a cuyo efecto la Administración aprobó un plan denominado *“de cierre, abandono, seguridad y restauración de las minas J, destinado al abandono definitivo de labores”*. Entienden por tanto los interesados que *“la Administración Pública ha considerado de superior interés público el pagar cientos de millones de pesetas al Sr. K, a condición de que abandone las minas a cuya explotación venía obligado, que el exigir al Sr. K la continuidad de esa explotación”*.

Estima por tanto que la caducidad pretendida *“es manifiestamente injusta, contraria a Derecho y, lo que es más, significativamente contraria a la objetividad que debe presidir toda actuación administrativa y por ende, arbitraria, vulnerando así los artículos 9 y 103 de la Constitución española”*.

Asimismo pone de manifiesto la contradicción que, a su juicio, supone exigir la realización del gasto que implica la elaboración de planes y estudios para la explotación *“existiendo una resolución firme del propio órgano que obliga al cierre y abandono de las minas y abandono definitivo de las labores”*.

Concluye el escrito indicando que la comunidad está *“dispuesta a explorar, con la correspondiente autoridad, las posibilidades de reiniciar la explotación de las minas, si ello es jurídicamente posible, sin daño ninguno para la propiedad, ni gasto inútil; y contando, en su caso, con la plena protección jurídica y económica de todos los comuneros”*.

Sexto. Propuesta de resolución de caducidad de las concesiones mineras.-Con fecha 18 de julio de 2008, el instructor del procedimiento suscribió propuesta de resolución de caducidad de las concesiones mineras de explotación “X”, “Z” y “T”. Tras relatar los antecedentes del expediente, el instructor propone la declaración de caducidad de las concesiones citadas al entender que concurre la causa prevista en el artículo 109 g) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería.

Séptimo. Acuerdo de suspensión del procedimiento.- Con fecha 18 de julio de 2008, el instructor del procedimiento acuerda la suspensión del mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el tiempo que media entre la petición del presente dictamen y la recepción del mismo.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 54.9 letra d) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, determina que el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes que tramite la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando lo dispongan las normas aplicables.

El expediente sometido a consulta tiene por objeto la declaración de caducidad de las concesiones mineras “X”, “Z” y “T”, cuya titularidad corresponde a la Comunidad de Herederos “W” por inactividad, al no reanudarse los trabajos en el plazo de 6 meses a contar desde el requerimiento efectuado para ello. Así, teniendo en cuenta que en el trámite de audiencia concedido al efecto por la Consejería de Industria y

Sociedad de la Información, los titulares de la concesión han manifestado su oposición a la extinción por la causa planteada, la intervención de este órgano consultivo reviste carácter preceptivo en virtud del artículo anteriormente citado.

II

Examen del procedimiento tramitado.- De forma previa al estudio de la causa de caducidad alegada por la Consejería consultante y del análisis de su concurrencia en el caso suscitado, procede examinar el procedimiento desarrollado, a fin de comprobar el cumplimiento de los trámites previstos en la legislación aplicable, comprendida primordialmente en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, de modificación de la anterior, y en el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Minería; y, en general, en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 86.4 de la Ley 22/1973 dispone que las concesiones de explotación de recursos de la Sección C) (cuyos preceptos son aplicables a la sección D), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 54/1980), caducarán, *“cuando habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación provincial o de la Dirección General de Minas, según proceda, no se reanuden en el plazo de 6 meses a contar del oportuno requerimiento”*.

Por otra parte, el citado artículo 54.9 letra d) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, establece que deberá recabarse con carácter preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo en el supuesto de extinción de concesiones administrativas, cuando medie oposición por el concesionario.

Atendiendo a todo lo antedicho, cabe conceptuar como trámites necesarios del procedimiento de caducidad de la concesión por la causa indicada, el acuerdo de inicio del procedimiento previa comprobación que concurren las circunstancias fácticas que dan lugar a la misma, el trámite de audiencia al concesionario, debiendo formularse con posterioridad, a la vista del resultado de las actuaciones realizadas, la correspondiente propuesta de resolución, para concluir en el caso de que se haya producido oposición por el concesionario, con la solicitud del preceptivo dictamen al órgano consultivo, el cual posee carácter final, conforme a lo previsto en el artículo 40.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

De lo actuado en este caso se comprueba que no se han cumplido completamente los trámites procedimentales exigidos, pues, de la documentación remitida se desprende que, en el caso de las notificaciones no realizadas por encontrarse los destinatarios ausentes de su domicilio, no consta que se haya efectuado el segundo intento de notificación en hora distinta en los tres días siguientes, tal y como exige el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación con el defecto procedimental apuntado, debe advertirse que, en el caso de que se procediera a dictar resolución de caducidad de las concesiones, los afectados por las notificaciones defectuosas podrían alegar su nulidad por defecto formal del procedimiento que genera indefensión.

III

Presupuestos de la declaración de caducidad de las concesiones administrativas. Especial consideración de la naturaleza administrativa de la concesión minera .- El carácter demanial de las minas se encuentra recogido en el artículo 339.2 del Código Civil, sin embargo, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, va más allá declarando, en su artículo 2.1, que *“todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso”*.

Este carácter de dominio público no es óbice para que el Estado pueda ceder su explotación y aprovechamiento a los particulares si decide no llevarlo a cabo por sí mismo.

La citada Ley clasifica los yacimientos minerales y demás recursos geológicos en cuatro secciones, quedando el objeto del presente expediente, una mina de carbón, englobada en la sección D), introducida por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley de Minas.

El aprovechamiento de los recursos de la sección D) está sometido al régimen de la concesión administrativa (artículo 60 de la Ley 22/1973 en relación con el artículo 1.3 de la Ley 54/1980, que establece la aplicabilidad a esta sección de los preceptos de la Ley de Minas que hagan referencia a la sección C), sin perjuicio de las salvedades que para aquella se establecen en la propia Ley 54/1980.)

Sobre la concesión demanial cabe indicar que es un acto administrativo unilateral, necesitado de aceptación o conformidad con las condiciones prefijadas que responde al beneficio del concesionario a quien otorga una serie de derechos patrimoniales; que constituye un verdadero derecho real de naturaleza administrativa y, por tanto, transmisible con sujeción a las disposiciones legales, que faculta para realizar el correspondiente aprovechamiento dentro de los límites y condiciones específicas de la concesión, por un tiempo limitado, y de forma exclusiva. La concesión de explotación de recursos mineros constituye así uno de los llamados derechos reales administrativos y es susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 22/1973, de Minas, *“las concesiones de explotación de recursos de la sección C) se declararán caducadas :*

- 1. Por expirar los plazos por los que fueron otorgadas o, en su caso, las prórrogas concedidas.*
- 2. Por cualquiera de las causas previstas en los apartados uno, dos, cinco y seis del artículo 83.*
- 3. Por incumplimiento grave o, en su caso, reiterado de las obligaciones impuestas por el artículo 62, párrafo cinco, o los artículos 70 y 71.*
- 4. Cuando, habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas, según proceda, no se reanuden dentro del plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento. En los casos de reincidencia en la paralización no autorizada de los trabajos, la caducidad podrá decretarse, oída la Organización Sindical, sin necesidad de requerimiento previo”.*

El artículo 109 g) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, por su parte, dice respecto a la caducidad de las concesiones de explotación de los citados recursos que se declararán caducadas: *“Cuando habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, según proceda, no se reanuden dentro del plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento. En los casos de reincidencia en la paralización no autorizada de los trabajos, la caducidad podrá decretarse, oída la Organización Sindical, sin necesidad de requerimiento previo”.*

En aplicación de la citada causa se ha instruido el expediente objeto del presente dictamen.

Respecto a la caducidad de las concesiones mineras, podemos señalar que es una consecuencia de la naturaleza de la autorización para la utilización especial del dominio público minero. No estamos en presencia de una autorización de policía, que se limita a constatar que el ejercicio de un derecho preexistente se lleva a cabo conforme al ordenamiento jurídico, sino que se trata de una autorización constitutiva del derecho a la explotación, que se pierde por incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento o en la ley. Ello comporta que la caducidad por incumplimiento de condiciones es una consecuencia de la propia licencia y del fin que se persigue con la misma - mantener en actividad la explotación-, sin que revista carácter sancionador, como tampoco cabría atribuírselo a aquellos supuestos de extinción y consiguiente declaración de caducidad generados por la imposibilidad jurídica o material de explotación de la mina.

Con este planteamiento se debe analizar la problemática planteada en el expediente y, más concretamente, la concurrencia de la causa de caducidad invocada por la Administración instructora, para determinar la procedencia de la misma.

IV

Pronunciamiento sobre el fondo del asunto.- Sin perjuicio de lo indicado respecto al procedimiento tramitado, procede a continuación abordar el análisis de la cuestión de fondo planteada, esto es, la procedencia de la declaración de caducidad de las concesiones mineras objeto de dictamen por la causa invocada por la Consejería instructora.

La causa invocada por la Propuesta de Resolución para declarar la caducidad de la concesión es la referida en el apartado g) del artículo 109 que dispone: “g) *Cuando habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, según proceda, no se reanuden dentro del plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento. En los casos de reincidencia en la paralización no autorizada de los trabajos, la caducidad podrá declararse sin necesidad de requerimiento previo*”.

A la luz de los antecedentes descritos es fácil concluir que no concurre la causa de caducidad invocada. No concurre el presupuesto de hecho que contempla el precepto aducido por la Administración Regional para acordar la caducidad, toda vez que la paralización de los

trabajos no fue realizada sin autorización previa, tal y como exige el artículo 109 g) del Reglamento General de la Minería aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, sino que, al contrario, fue aprobado por ésta con carácter definitivo por resolución de la Dirección General que aprobó el Plan de Cierre. A éste se llegó en virtud del acuerdo con el arrendatario de las concesiones mineras cuyo nombre figuraba expresamente en su condición de explotador de las minas en el anexo I del Real Decreto 2020/1997, de 26 de diciembre, como beneficiario de las ayudas otorgadas por el Ministerio.

El cierre de las minas se llevó a cabo a instancias y de acuerdo con el explotador en arriendo, a quien la Administración del Estado había concedido determinadas ayudas en el marco de la Decisión 3632/93/CECA de la Comisión Europea, de 28 de diciembre, relativa al Régimen comunitario de las intervenciones de los Estados miembros en favor de la industria del carbón. En ese contexto se aprobaron y concedieron ayudas al arrendatario explotador que implicaban el cierre de las minas.

A solicitud del arrendatario se autorizó por la Administración Regional un “Plan de Cierre, abandono, seguridad y restauración de la Mina “J”, destinado al abandono definitivo de las labores en las concesiones mineras “X”, “Z” y “T”, que se concretó en la Resolución de la Directora General de Desarrollo Industrial de 18 de abril de 2000.

En el expediente no se ha documentado, ni motivado, ni siquiera alegado, un cambio en las circunstancias de la minería del carbón que justifique, en base al interés público, el cambio de criterio por parte de la Administración, que inicialmente aprueba el *“abandono definitivo de las labores de las concesiones mineras”* (informe del Jefe de Servicio de Minas de 4 de septiembre de 2003).

El oficio del Delegado Provincial de fecha 8 de abril de 2002 (que insta a los titulares de la concesión a la elaboración y presentación de un plan de explotación, apercibiéndoles de la caducidad de la misma si no lo hacen) está en flagrante contradicción con la citada resolución de la Dirección General de Desarrollo Industrial de 18 de abril de 2000, y no parece que pueda ser entendido sino como un trámite orientado a preconstituir la causa de caducidad invocada en este procedimiento.

Si bien es cierto que, con carácter general, detrás de toda concesión minera existe un interés público subyacente que consiste en la explotación del recurso minero por parte del concesionario de la mina,

en el caso de la minería del carbón, el interés público aparece dirigido al cese o reducción de las actividades. Esta orientación se desprende claramente del contenido de las Decisiones adoptadas por la Comisión Europea del Carbón y el Acero que regulan el régimen comunitario de las intervenciones de los Estados miembros a favor de la industria del carbón. En concreto, la exposición de motivos de la Decisión CECA nº 3632/1993, de 28 de diciembre, pone de manifiesto el continuo retroceso de la producción del carbón a lo largo de las últimas décadas derivado de la competencia del petróleo, el gas natural y la presión creciente del carbón importado de terceros países. Asimismo indica que el aumento en el importe de las ayudas resulta incompatible con el carácter transitorio y excepcional del régimen de ayudas comunitarias, debiendo imponerse, por tanto, un régimen de reducción de los costes y las capacidades de producción.

Añade más adelante que los esfuerzos de reducción de costes aludidos deben incluirse en un plan de reestructuración, racionalización y modernización de la industria, que distinga las unidades de producción que sean capaces de lograr dicho objetivo de aquellas que no puedan alcanzarlo, las cuales deberán incluirse en un plan de reducción de actividad que conduzca al cierre de las instalaciones.

En el marco jurídico que constituye la Decisión citada, se aprobó el Real Decreto 2020/1997, de 26 de diciembre, por el que se establece un régimen de ayudas para la minería del carbón y el desarrollo alternativo de las zonas mineras y la Orden de 18 de febrero de 1998, de ayudas destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas en planes de modernización, reestructuración y racionalización de la actividad de las empresas mineras del carbón.

Dichas normas regularon y convocaron ayudas para la reducción de la actividad destinadas a las empresas de difícil viabilidad, figurando el municipio de Puertollano, donde están ubicadas las minas objeto del expediente, como uno de los territorios objetivo de las modalidades de ayudas destinadas a promover el desarrollo económico alternativo. Por ello figura expresa y nominativamente cita de la entidad explotadora de la mina (UTE G) objeto del expediente en el Anexo I del citado Real Decreto 2020/1997, por haber sido beneficiaria de ayudas a la explotación el año precedente, lo que la faculta como posible beneficiaria de las ayudas convocadas.

De acuerdo con lo expuesto, la Administración no puede fundar la caducidad de los títulos concesionales en la causa prevista en el artí-

culo 109.g) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, al no concurrir el supuesto que éste contempla que es la paralización de los trabajos sin previa autorización, pues, en el presente caso, la Administración Regional autorizó el cese definitivo de la actividad. Por otra parte, tampoco puede la Administración obviar sus actos previos, en virtud de los cuales y siguiendo los criterios de interés público señalados en los párrafos precedentes, se aprobó expresamente el cierre y el abandono definitivo de la explotación en la citada con reiteración en este dictamen Resolución de la Dirección General de Desarrollo Industrial de 18 de abril de 2000. Por ello, es opinión de este Consejo que el expediente sometido a dictamen no puede prosperar al no concurrir la causa de caducidad invocada.

Se trata, por otra parte, de una circunstancia conocida y aceptada por la propia comunidad de bienes titular de las concesiones como lo demuestran no sólo el contenido de sus alegaciones reproducido en los antecedentes (singularmente que se acordó el cierre definitivo de la explotación en una resolución firme) sino las acciones emprendidas por ésta en vía civil contra el arrendatario, que han culminado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 120/2008, de 3 de abril, (JUR \2008\180908), dictada en apelación contra la Sentencia de 15 de noviembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid.

A través de dichas sentencias se comprueba que la comunidad concesionaria de las minas ha reclamado y obtenido que se realice a costa del arrendatario la restauración de los terrenos donde se ubicaba la explotación en condiciones de servir al uso agrícola, acción en la que implícitamente se pone de manifiesto la inviabilidad de la actividad minera. Asimismo, la comunidad titular de las concesiones ha obtenido en sede judicial una resolución favorable a la percepción de una indemnización económica por importe de 450.524,13 euros por incumplimiento contractual, para cuyo cálculo se tuvo en cuenta también la subvención concedida al arrendatario por el cierre de la explotación.

Aun cuando la concesión no haya sido formalmente declarada caducada, ha perdido radicalmente su objeto, no existe el interés público subyacente a toda concesión minera que consiste en explotar el recurso.

En consecuencia con todo lo anterior concluye el Consejo que no hay en el expediente motivo que pueda llevar a la declaración de una caducidad por la causa invocada.

Si lo que se pretende es no prolongar la pervivencia formal de unas concesiones, -cuyo objeto, la explotación de estas minas está vedado por la Resolución de la Dirección General de Desarrollo Industrial de 18 de abril de 2000- tampoco faltan razones para intentar el reconocimiento de la caducidad acordándola con los concesionarios (aunque sea tan tardíamente a como pudo hacerse), supuesto éste previsto en la legislación minera, a su solicitud o simplemente por acuerdo entre las partes conforme a normas civiles y principios de derecho administrativo.

V

Procede completar el dictamen con una última y breve consideración que se impone teniendo en cuenta la persistente pretensión de la Administración de declarar formalmente caducada las concesiones mineras y las alegaciones vertidas por los concesionarios.

El plazo de concesión se cumple en julio de 2010 lo que daría lugar tal fecha a la caducidad de la misma en aplicación del artículo 86.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio.

Ahora bien los derechos y obligaciones vinculados a la explotación de la misma quedaron extinguidos con el "*Plan de Cierre, Abandono, Seguridad y Restauración de la mina J*" que acordó la Administración con el arrendatario y que conocieron los concesionarios, conforme queda reflejado en sus alegaciones, y cuya firmeza conocen. Ni la Administración puede exigir a los titulares de la concesión que exploten ni éstos tienen derecho a hacerlo, pues quien lo tenía, mediante contrato de arriendo por un tiempo en diez años superior al plazo de la concesión -su arrendatario- lo renunció ante la Administración, y a los concesionarios parece que sólo les restaría el hipotético derecho a solicitar la prórroga, que, en buena lógica, debería ser denegada, al menos en tanto no se alteren los motivos de interés público que llevaron al cierre de la explotación minera.

Los concesionarios saben que esto es así, no sólo por cuanto antes no ejercieron acción alguna frente al cierre de las minas, que consintieron y saben de su firmeza, sino también porque en este mismo procedimiento ni siquiera reivindicaron el derecho a la explotación de las mismas sino su disposición a explorar en colaboración con la autoridad las posibilidades de reiniciar la explotación. En cambio, sí consta que ejercieron acción civil frente al arrendatario por la resolución unilateral del contrato. Pero no puede imputárseles, ni la obligación de explotar, ni reconocérseles el derecho a hacerlo. Carece de fundamento la aseveración del Director General de Industria, Energía y Minas en el sentido

de que *“resuelto el contrato de arrendamiento correspondía al titular del derecho minero afrontar su explotación”* y que parece estar en la base de la invocación de la causa de caducidad esgrimida en el procedimiento.

Es lo cierto que en el año 2000 se creó la situación para declarar la caducidad de las concesiones por acuerdo de las partes implicadas; pero no hubo tal porque no se cumplieron en la forma debida los trámites precisos para el otorgamiento de las subvenciones en lo concerniente a la resolución del contrato de arrendamiento, notablemente por una aplicación formalmente errónea del precepto contenido en el apartado noveno, letra b), de la Orden de 18 de febrero de 1998 reproducido en antecedentes, a cuyas consecuencias, los concesionarios hicieron frente en la vía judicial civil. El arrendatario resolvió unilateralmente el contrato, y fue demandado por los concesionarios, que vieron reconocidos sus derechos frustrados por la unilateral decisión del arrendatario, y restablecidos por la Sentencia nº 120/2008, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla -La Mancha es de dictamen:

“Que procede informar desfavorablemente el expediente de declaración de caducidad de las concesiones mineras “X”, “Z” y “T”, instruido por la Consejería de Industria y Sociedad de la Información al amparo de la causa prevista en el artículo 109.g) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, por no concurrir los requisitos previstos en dicho precepto.”

Toledo, 1 de octubre de 2008

**DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE
CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYEC-
TO DE LEY DE MEDIDAS URGENTES EN
MATERIA DE VIVIENDA Y SUELO POR LA QUE
SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA
LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE
LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA, APROBADO
POR DECRETO LEGISLATIVO 1/2004,
DE 28 DE DICIEMBRE.**

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Autorización de inicio.- El comienzo de las actuaciones del procedimiento correspondiente a la iniciativa legislativa sometida a dictamen se encuentra en un acuerdo adoptado el día 20 de junio de 2008 por el titular de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, en el que se autoriza la tramitación de un anteproyecto de Ley para la adopción de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo a través de la modificación del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, justificando la iniciativa en la necesidad de garantizar una razonable e inmediata interacción entre las políticas urbanísticas y de vivienda, en el marco del debate social suscitado por el problema de la vivienda en la región, que recientemente ha cristalizado en la suscripción de un Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha.

Junto a dicha resolución obran en el expediente los siguientes documentos descriptivos del contenido del Pacto por la Vivienda mencionado en el referido acuerdo autorizador:

- Texto del acuerdo aprobatorio del Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha celebrado el día 12 de mayo de 2008 en la ciudad de Toledo, para el período 2008-2015, suscrito por los representantes de los gobiernos estatal y regional, así como por los de las organizaciones sindicales y empresariales de la Comunidad Autónoma.

- Acuerdos de adhesión al referido Pacto adoptados por la Asociación Nacional de Constructores Independientes (ANCI), la Federación Regional de Empresas Constructoras (FERECO), El Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha y la Federación de Municipios y Provincias (FEMP) en Castilla-La Mancha.

Segundo. Informe de la Dirección General de Urbanismo.- Con fecha 1 de agosto de 2008 fue emitido informe por parte del Director General de Urbanismo de la Consejería promotora de la norma, en el que se hace una exposición detallada del tratamiento dado a las diversas propuestas, objeciones o sugerencias recibidas de los organismos y entidades firmantes del mencionado Pacto por la Vivienda respecto del texto legal proyectado, en una versión que no aparece integrada en el expediente.

Tercero. Segundo informe de la Dirección General de Urbanismo.- Cuatro días después se incorpora al expediente un nuevo informe del citado Director General de Urbanismo donde se describen los objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia de la norma proyectada, significando en cuanto a la finalidad de la misma que ésta persigue básicamente un doble propósito: *“dar cuerpo en forma de Ley a los postulados del Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha”* y realizar los ajustes normativos de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (LOTAU) que se han revelado necesarios como consecuencia de las enseñanzas proporcionadas por su aplicación práctica.

De otro lado, además de incorporar una propuesta de Exposición de Motivos de la futura Ley, donde se justifican con mayor detalle las principales medidas previstas para dinamizar la generación de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública y para agilizar los procedimientos aprobatorios de los instrumentos urbanísticos, se precisa en dicho documento que, *“más allá de las actuaciones concretas que la práctica depare en el desarrollo cotidiano de la norma”*, ésta no precisa de recurso o medio material alguno para su correcta vigencia y aplicación. Asimismo, se advierte respecto a la incidencia que tendrá su aprobación que ésta implicará la necesidad de acometer reformas en el Reglamento de Planeamiento aprobado por Decreto 248/2004, de 14 de septiembre, y en el Reglamento del Suelo Rústico aprobado por Decreto 242/2004, de 27 de julio.

Cuarto. Informe de la Jefa del Servicio Jurídico de Vivienda y Urbanismo de la Consejería impulsora del anteproyecto.- Seguidamente, el día 6 de agosto de 2008 fue emitido informe favorable por la Jefa del Servicio Jurídico de Vivienda y Urbanismo de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, en el que, a la vista del texto elaborado, se dice no encontrar inconveniente jurídico que obste a su toma en consideración por el Consejo de Gobierno.

Quinto. Informe de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda.- El día siguiente fue también emitido informe favorable al texto legal proyectado por parte de la Secretaria General Técnica de la Consejería promotora de la disposición.

Sexto. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades.- Con fecha 11 de agosto de 2008, fue emitido informe por el Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, en el que se indica no hallar inconveniente jurídico que impida la toma en consideración del texto proyectado por parte del Consejo de Gobierno.

Séptimo. 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 en tramitación, suscrita el día 8 de agosto de 2008 por el titular de la Consejería consultante, que se dice acompañada del acervo documental citado con anterioridad.

Conformando el expediente elevado para dicha toma en consideración figura un borrador del texto proyectado, que es el primero obrante entre la documentación remitida a este Consejo, el cual consta de Exposición de Motivos, un artículo único, dividido en cuatro apartados -el segundo de ellos, subdividido en 30 epígrafes-, tres disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

En virtud de la referida 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 12 de agosto de 2008 dicho órgano acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, al tiempo que acordó disponer su remisión al Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha y a este Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen, según lo dispuesto en las Leyes 2/1994, de 26 de julio, del Consejo Económico y Social, y 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Octavo. Informe del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.- A tenor de lo resuelto por el Consejo de Gobierno, el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha emitió dictamen favorable en relación con el anteproyecto mencionado, aprobado en sesión de 25 de septiembre de 2008, formulando al respecto diversas observaciones de variada índole.

Dicho informe fue aprobado con un voto particular emitido por los Consejeros representantes de la organización sindical Comisiones Obreras (CC OO), en el que se efectúan varias propuestas orientadas a propiciar que las reservas de suelo para construcción de vivienda protegida previstas en la norma se destinen, al menos en un 50 %, a la construcción de *“vivienda de protección oficial”*, que los terrenos integrantes de los patrimonios públicos del suelo sean destinados *“con carácter general”* a este tipo de viviendas protegidas, así como a la inserción de medidas para la potenciación del sistema de promoción de carácter cooperativo.

Noveno. Tercer informe de la Dirección General de Urbanismo.- Con fecha 9 de octubre de 2008 se une al procedimiento un nuevo informe del aludido Director General de Urbanismo, donde se hace una extensa valoración de las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha y por los Consejeros del mismo que emitieron el mencionado voto particular, ponderando la conveniencia o no de introducir cambios en el texto elaborado a fin de atender las diversas recomendaciones o reparos efectuados.

Décimo. Texto definitivo sometido a dictamen.- Finaliza la documentación conformadora del expediente enviado para dictamen con un segundo y último borrador de anteproyecto de Ley, que se compone de Exposición de Motivos, un artículo único, compuesto ahora de cinco apartados -el segundo de los cuales comprende 32 subapartados-, cuatro disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

La Exposición de Motivos contiene una amplia explicación de los motivos que inspiran la reforma legal, vinculados a la puesta en ejecución del Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha, encuadrando las medidas que comprende dentro de dos categorías: las orientadas a dinamizar la producción de suelo apto para la edificación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y las dirigidas a agilizar los procedimientos de aprobación de los instrumentos urbanísticos. Asimismo, se alude también como criterio inspirador de la reforma a la

necesidad de adecuar la regulación autonómica a los recientes cambios legislativos provocados por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se ha aprobado el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

El artículo único, estructurado en cinco apartados, pretende llevar a cabo numerosas modificaciones de muy dispar entidad y sentido con incidencia sobre diversos preceptos del vigente Texto Refundido de la LOTAU, que cabe resumir en los siguientes términos:

El apartado Uno incorpora tres modificaciones puntuales de la disposición preliminar del Texto Refundido de la LOTAU.

El apartado Dos, que alberga el grueso de la reforma, incluye 32 modificaciones de muy diferente envergadura, las cuales afectan al contenido actual de 28 artículos del Texto Refundido de la LOTAU -el 8, 10, 11, 12, 17, 24, 30, 31, 36, 38, 68, 69, 70, 71, 79, 83, 85, 92, 93, 99, 102, 110, 118, 119, 120, 144, 145 y 183-, con incidencia sobre la totalidad de los Títulos en que éste se estructura.

El apartado Tres pretende la adición de una nueva disposición adicional -la segunda-, relativa a la regulación de los Planes de Singular Interés.

El apartado Cuatro proyecta la inserción de otra disposición adicional -la tercera-, concerniente a la implantación de informes de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística.

El apartado Quinto introduce una modificación parcial al contenido de la disposición transitoria sexta.

El texto del anteproyecto incorpora también cuatro disposiciones adicionales: las dos primeras carentes de título, la tercera dirigida a la modificación de varios artículos de la Ley de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha, y la cuarta relativa a la regulación reglamentaria de la Comisión de Concertación Interadministrativa. Incluye, además, tres disposiciones transitorias sobre la aplicación de las modificaciones legislativas introducidas por la Ley, medidas transitorias sobre adaptación de la densidad poblacional y el régimen transitorio de participación pública en las plusvalías derivadas de la acción urbanizadora. Asimismo, incorpora una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

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 17 de octubre de 2008.

Mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo Consultivo en su sesión de 21 de octubre de 2008, se solicitó al Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda la aportación al expediente del informe del Consejo Regional de Municipios de Castilla-La Mancha, informe que resulta preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 3/1991, de 14 de marzo de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha.

El artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado *“en los siguientes asuntos: [...] 3.- Anteproyectos de Ley”*.

Conforme a lo exigido en dicho precepto se emite el presente dictamen con carácter preceptivo

II

Examen del procedimiento tramitado.- El procedimiento de elaboración de la norma ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, regulador del ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno. Este precepto dispone que *“los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como anteproyectos de Ley elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración del Consejo de Gobierno”*. Asumida la iniciativa legislativa, este órgano ejecutivo colegiado, a la vista del texto del anteproyecto *“decide sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acuerda su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Emitido el preceptivo informe, el Consejo de Gobierno acuerda la remisión del proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañado del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios”*.

Los genéricos términos en que se halla formulado tal precepto, dejan al criterio del órgano encargado de la elaboración de la norma en su primera fase y del Consejo de Gobierno después, una vez que ha tomado en consideración el texto redactado, la apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición de este rango, siendo las Cortes Regionales, en última instancia, a quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta ha quedado acreditado que, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de fecha 12 de agosto de 2008, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha, acordando solicitar el dictamen del Consejo Económico y Social y, tras su emisión, el de este Consejo Consultivo, ambos con carácter urgente.

Como actuaciones previas y antecedentes se incluye, en primer término, la autorización de la tramitación de la iniciativa de reforma del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, suscrita por el Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda con fecha 20 de junio de 2008, ante la necesidad de garantizar una razonable e inmediata interacción entre las políticas urbanísticas y de vivienda, según la voluntad consensuada en el Pacto por la Vivienda suscrito en la Comunidad Autónoma con fecha 12 de mayo de 2008, por representantes de la Administración del Estado, de la Junta de Comunidades y de los sindicatos más representativos, al que se han adherido posteriormente la Asociación Nacional de Constructores Independientes, la Federación Regional de Empresas Constructoras de Castilla-La Mancha, el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha y la Federación Regional de Municipios y Provincias, según consta en la documentación integrante del expediente.

Se aporta a continuación un informe emitido por el Director General de Urbanismo el 1 de agosto de 2008, expresivo de las diferentes alegaciones manifestadas por las entidades firmantes del citado pacto, así como por el Colegio de Arquitectos de Castilla-La Mancha y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Castilla-La Mancha, y del tratamiento otorgado a las mismas. A dicho informe se han adjuntado con posterioridad, a instancia de este Consejo, los escritos de alegaciones referenciados en el citado informe, si bien no consta

en el expediente el borrador de anteproyecto que examinaron, ni la relación de eventuales entidades consultadas.

Se recoge posteriormente una memoria suscrita el 5 de agosto siguiente por el citado Director General, sobre los objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia presupuestaria y normativa del anteproyecto.

El texto en el que se refleja la iniciativa legislativa ha sido sometido al informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, de la Secretaría General Técnica de dicho departamento de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.c) del Decreto 131/2007, de 17 de julio, por el que se establece su estructura orgánica y competencias, y del Gabinete Jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 4.1.d) de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y 11.a) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de Organización y Funciones de dicho órgano, los cuales resultaron favorables todos ellos a su elevación al Consejo de Gobierno y a la continuación de la tramitación.

Figura, por último, el dictamen 11/2008 emitido por el Consejo Económico y Social el 25 de septiembre de 2008, conforme a lo previsto en el artículo 3.1.a) de la Ley 2/1994, de 26 de julio, reguladora de tal órgano, al que se adjunta un informe aclaratorio del Director General de Urbanismo, comprensivo de la valoración de las observaciones manifestadas por dicho órgano colegiado y de su aceptación o no, así como, en este caso, de los motivos que fundamentan esta última.

Finalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, anteriormente citada, el Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo, haciendo constar la urgencia del mismo, lo que reduce el plazo de emisión a quince días de acuerdo con el artículo 51.2 de dicho texto legal.

Tal solicitud urgente viene justificada en el expediente en que el anteproyecto de modificación de la norma urbanística se plantea como necesidad para la mejor aplicación del Pacto por la Vivienda suscrito en la Comunidad Autónoma, que pretendería dinamizar la producción de suelo con destino a viviendas sujetas a algún tipo de protección pública y, correlativamente, agilizar los procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos que posibiliten aquélla.

Conforme a lo solicitado, este Consejo emite su dictamen dentro del plazo fijado en el artículo 51.2 aludido. Es preciso poner de manifiesto que en el examen del expediente se detectó la ausencia del informe preceptivo del Consejo Regional de Municipios, tal como exige el artículo 77.a) de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales, y en consecuencia, se requirió a la autoridad consultante, conforme se ha expuesto en antecedentes, la aportación del informe. Se ha tenido conocimiento de la convocatoria de dicho órgano para su emisión, pero a la fecha de aprobación del dictamen no se ha incorporado al mismo. El Consejo no suspendió plazo para la emisión de su dictamen en virtud de la importancia que la autoridad consultante atribuye a la urgencia en la aprobación de la norma, no obstante lo cual es necesario reproducir, tal como reiteradamente ha venido exponiendo este Consejo, la importancia de que obren en el expediente de elaboración de la norma que sea trasladado, todos los trámites e informes exigidos legalmente, a fin de contar con todos los elementos de juicio necesarios para la emisión del pronunciamiento que se solicita.

III

Marco competencial y normativo.- Examinados los trámites evacuados en el procedimiento de redacción del anteproyecto de Ley, procede abordar seguidamente el análisis del marco competencial y del contexto normativo en el que viene a encuadrarse la disposición legal proyectada.

Por razón de la materia la aprobación de esta iniciativa se ampara en lo previsto en el artículo 31.1. 2ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha que atribuye a la Junta de Comunidades competencia exclusiva en materia de “*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*”.

En cuanto a los límites en los que ha de desenvolverse el ejercicio de esta competencia, es necesario remitirnos a lo afirmado por este Consejo en sus dictámenes números 37/1998, de 21 de abril, y 135/2002, de 20 de noviembre, emitidos respectivamente en relación con el anteproyecto de Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, y con el anteproyecto de Ley de modificación de ésta, en los que se aludía a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 61/1997, de 20 de marzo. En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional declara la nulidad, por razones exclusivamente competenciales, de una serie de preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y fija los criterios para la correspondiente delimitación de competencias entre el Estado y las

Comunidades Autónomas en materia urbanismo y ordenación del territorio, de forma que se reconoce a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva para regular esta materia, si bien teniendo en cuenta que *“no es posible desconocer que [...] junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el artículo 194.1.1ª reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso”* (Fundamento jurídico 6 de la Sentencia citada).

Tras la situación creada por esta Sentencia del Tribunal Constitucional, esta Comunidad Autónoma aprobó la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, si bien sus consecuencias inmediatas habían sido abordadas, de forma transitoria, mediante la aprobación de la Ley 5/1997, de 10 de julio, de Medidas Urgentes en Materia del Suelo y Ordenación Urbana.

En el ámbito estatal, a raíz de esta Sentencia se aprobó la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que también fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, declarándose finalmente, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 julio, inconstitucionales y nulos los artículos 16 y 38 y las referencias que se hacían a éstos en la disposición final única, al considerar que la regulación contenida en los mismos vulneraba las competencias autonómicas.

Esta nueva Sentencia del Tribunal Constitucional motivó que por parte de esta Comunidad Autónoma se llevara a cabo la modificación de la Ley 2/1998, de 4 de junio, mediante la Ley 1/2003, de 17 de enero. Con esta última Ley se modifican diversos preceptos a fin de compatibilizar la normativa estatal y autonómica sobre la materia; adaptar la Ley 2/1998, de 4 de junio, a una nueva política autonómica en materia de vivienda; y solventar algunas dificultades que se habían puesto de manifiesto con la aplicación de ésta.

La Disposición Final Primera de la Ley 1/2003, de 17 de enero, habilitaba al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para elaborar y aprobar un texto único de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, que incorporara las modificaciones introducidas en ella por esta Ley. Transcurrido el plazo establecido en la citada disposición para llevar a cabo la refundición, se concedió, mediante la Disposición

Adicional Duodécima de la Ley 14/2003, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el 2004, una nueva autorización al Consejo de Gobierno, fruto de la cual se aprobó el Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

Este Decreto Legislativo ha sido objeto de dos modificaciones. La primera, mediante la Ley 7/2005, de 7 de julio, por la que se modifica el artículo 20, apartado 1 K) y el artículo 79. La segunda, llevada a cabo por la Ley 12/2005, de 27 diciembre, en la que se modifican los artículos 41, apartado 3 b) y 79. Ambas modificaciones han obedecido, como se recoge en la parte expositiva de las respectivas Leyes, a la necesidad de establecer mecanismos concretos de intervención y control del mercado de suelo por parte de las Administraciones Públicas, a fin de poder garantizar el derecho a una vivienda digna.

Por su parte, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, también ha sido objeto de diversas modificaciones llevadas a cabo mediante la Ley 55/1999, de 29 de diciembre; el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio ; la Ley 53/2002, de 30 de diciembre; la Ley 10/2003, de 20 de mayo; el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo y la Ley 1/2006, de 13 de marzo.

Esta situación de constantes modificaciones de la legislación estatal sobre la materia ha sido de uno de los motivos que han forzado al legislador estatal a la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. Esta Ley deroga expresamente la Ley 6/1998, de 13 de abril, algunos de los preceptos que quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y los artículos 38 y 39 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, esta Ley no pretende ser una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado. La publicación de esta Ley ha dado lugar a la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional y cuya resolución se encuentra actualmente pendiente.

En la Disposición Final Segunda de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, se delega en el Gobierno la potestad de dictar un Real Decreto Legislativo que refunda los preceptos de ésta y los aún vigentes del Real

Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. En base al citado mandato, recientemente, se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuyo objetivo final se centra en evitar la dispersión de normas y el fraccionamiento de las disposiciones que recogen la legislación estatal en la materia, con excepción de la parte vigente del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que tiene una aplicación supletoria, salvo en los territorios de las Ciudades de Ceuta y Melilla, al haber quedado fuera de la delegación legislativa en cuya virtud se dicta este Real Decreto Legislativo.

Actualmente, se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2009, en cuya disposición adicional decimosexta, está prevista la modificación del apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

IV

Observaciones de carácter esencial.- Pasando ya al examen del texto sometido a dictamen, procede primeramente efectuar las siguientes observaciones a las que debe conferirse carácter esencial:

1.- En la modificación del **artículo 92, número 5, letra c)** incluida en el anteproyecto se prevé, respecto del trámite de información pública de las operaciones de reparcelación reguladas en dicho artículo, que el procedimiento de aprobación de la reparcelación habrá de ajustarse a las siguientes reglas: “*1ª Información pública por plazo mínimo de veinte días mediante edicto publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha [...]*”, agregándose como regla 3ª: “*A los titulares registrales no tenidos en cuenta en la elaboración del proyecto de reparcelación y aquéllos que resulten afectados por modificaciones acordadas tras el periodo de información pública, deberá otorgárseles trámite de audiencia por plazo de veinte días, sin necesidad de nuevo trámite de información pública*”.

Respecto al plazo establecido en la primera regla no hay modificación alguna respecto al texto vigente que sigue siendo un “*mínimo de veinte días*”; sí hay cambio en el de la regla tercera, que pasa a elevarse de “*diez días*” a “*veinte*”.

Aún cuando la norma proyectada mantenga el plazo de la primera regla, ha de observar el Consejo que, tras la fecha de su aprobación, se ha producido una modificación en la legislación estatal que debe tenerse en cuenta para el examen de este precepto.

En concreto, el artículo 8. 1. c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo -Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio-, dispone sobre la facultad de los propietarios de suelo a participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación, que *“para ejercer esta facultad o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquel en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados”*.

Pues bien, el objeto de las operaciones de reparcelación a que se refiere el citado artículo 92 de TRLOTAU, puede ser equiparable o subsumible dentro del tipo de actuaciones a que se refiere el mencionado artículo 8.1c) del TRLS -que goza de la condición de normativa básica sobre el régimen de las Administraciones Públicas-; en consecuencia es parecer del Consejo que el plazo de veinte días contemplado en la regla 1ª prealudida tendría que ser modificado para elevarlo a un mes, de conformidad con la previsión básica estatal dictada en la materia.

Y esto es así porque si se pretendiera aplicar el plazo autonómico actualmente vigente (que no se modifica, como ha quedado dicho, en la proyectada norma) entraría en colisión con el ya vigente precepto básico.

En cuanto a la modificación de plazo de la regla tercera (que se eleva con el resultado de equiparlo con el plazo mínimo de la primera) entiende este Consejo que -aun cuando esta regla pueda considerarse un plus garantista sobre la primera, cubriendo un ámbito material de aplicación distinto, (pero en cualquier caso no enteramente separable pues se inserta en el mismo procedimiento)- resultaría conveniente establecer como plazo el mismo que ha de fijarse para la primera; conveniencia, que este Consejo también funda en la voluntad de la autoridad consultante, manifestada en el texto del anteproyecto, de buscar una equiparación, aunque no plena, de ambos plazos.

2.- En el **artículo 120** del TRLOTAU, relativo a la tramitación de Programas de Actuación Urbanizadora (PAU) de iniciativa particular, el **número 4** proyectado, que regula el trámite de información pública de estas iniciativas, añade ahora un párrafo con el siguiente contenido: *“el promotor de la actuación deberá formular solicitud al Registro de la Propiedad en la que consten las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados, al objeto de la práctica de nota al margen de cada finca afectada por la actuación que exprese la iniciación del procedimiento y, en su caso, la sujeción de la misma al derecho de tanteo y retracto en los términos de la presente Ley. A dicha solicitud se deberá acompañar la acreditación del inicio del procedimiento ante la Administración competente, la identificación del ámbito de actuación en relación con las previsiones de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y una relación de las fincas o derechos afectados por la actuación”*.

Ya en ocasiones anteriores este Consejo ha abordado el análisis de disposiciones de contenido urbanístico que se proyectaban de diverso modo sobre las reglas de funcionamiento de los Registros de la Propiedad, lo que dio pie para declarar, como fundamento de algunas de las observaciones realizadas, que *“a pesar de la firmeza de los términos empleados por el Tribunal Constitucional para afirmar que la regulación de los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, sus efectos y las operaciones registrales, pertenecen a la competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8ª de la Constitución, alguna duda suscita a este Consejo dicha doctrina. Tales pronunciamientos aparecen recogidos en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, en sus fundamentos jurídicos 29 a) y 39 en los siguientes términos: [] - En el primero de ellos, relativo a los apartados 4,5,6 del artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que establece el régimen aplicable a la “ocupación directa”, se señala que “ciertamente, corresponde al Estado en exclusiva, por virtud del precepto constitucional últimamente mencionado (art. 149.1.8º), determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales. La citada competencia permite al legislador estatal fijar con carácter general, para los supuestos en que se realicen operaciones jurídicas como las aquí contempladas, ciertas consecuencias o efectos, como la garantía de certificación”. [] - Por su parte, en el fundamento jurídico 39, se hace objeto de examen de constitucionalidad el artículo 296 del Texto Refundido de 1992, que establece la no inscripción registral de determinadas transmisiones de inmuebles, señalando al efecto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8º de la Constitución, ‘es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción, como hace el art. 296 T.R.L.S., al previo cumplimiento de ciertos requisitos, razón por la cual ha de declararse conforme con el bloque de la constitucionalidad el precepto impugnado’. [] De acuerdo con esta doctrina no cabe sino concluir que siendo competencia exclusiva del Estado la regulación del Registro de la Propiedad de*

acuerdo con el precepto constitucional mencionado, las Comunidades Autónomas no pueden legislar en dicha materia, resultando cuando menos paradójico que, pudiendo, por ejemplo, crear derechos reales a favor de la Administración autonómica (como es el caso de los derechos de tanteo y retracto, según afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 170/1989, de 19 de octubre), sin embargo, no puedan establecer regulación alguna sobre un instituto instrumental e íntimamente unido al ejercicio de dichos derechos como es su inscripción en el Registro de la Propiedad". -dictamen 37/1998, de 21 de abril, Consideración V-.

Dicho lo anterior, el precepto transcrito contempla, en rigor, dos supuestos diferenciables desde la perspectiva de la normativa estatal reguladora del Registro del Propiedad, que merecen consideraciones separadas y distinta valoración:

A) De un lado, se encomienda al promotor del PAU instar la anotación registral de la eventual sujeción de las fincas comprendidas en el mismo a los derechos de tanteo y retracto.

Ésta es una actuación que, a juicio del Consejo, no parece conforme con la regulación acogida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuyo artículo 83, relativo a las comunicaciones al Registrador de la Propiedad de la delimitación de áreas de tanteo y retracto, se establece: *“Cuando en el planeamiento general municipal, o en expediente tramitado especialmente a tal efecto, se hubieren delimitado áreas comprensivas de terrenos o de viviendas que hayan de quedar sujetas a derecho de tanteo o de retracto conforme a lo dispuesto en la legislación urbanística, el Ayuntamiento remitirá a los Registradores de la Propiedad, a cuyo distrito hipotecario corresponda total o parcialmente dicha área, copia certificada del Acuerdo de delimitación de la misma y de los planos que reflejen dicha delimitación, así como relación detallada de las calles o sectores comprendidos en aquellas áreas y de los propietarios y bienes concretos afectados, en cuanto tales datos obren en poder del Ayuntamiento y el Registrador lo hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas”.*

De tal modo, el contraste de la norma estatal con la disposición proyectada muestra una visible falta de sintonía respecto a la determinación del sujeto a quien se encomienda la actuación, por lo que procede dispensar a la presente observación carácter esencial.

Ahora bien, en cuanto al momento preciso o grado de desarrollo procedimental de la actuación urbanizadora en que resulte procedente la anotación registral de los referidos derechos de tanteo y retracto -constituidos o futuribles-, estima el Consejo que el mandato aquí dirigido al promotor del PAU se conecta con una posterior actuación del registrador de la propiedad que, pese a no estar prevista expresamente en la normativa estatal reguladora de dicho Registro, podría estar justificada por la conveniencia de anticipar el conocimiento registral de las perspectivas urbanísticas de los terrenos incluidos en el PAU en tramitación, para su valoración por los interesados en cualquier tipo de operación contractual que afecte a los mismos y en beneficio de los derechos de los particulares. Si ello fuera así, el precepto analizado plantearía nuevamente las dudas ya manifestadas por este Consejo desde su dictamen 37/1998, de 21 de abril, respecto a la difícil compatibilidad de la rigurosa posición adoptada al respecto por el Tribunal Constitucional y un adecuado ejercicio de la competencia autonómica exclusiva en materia de urbanismo y ordenación territorial, cuando, como en el presente caso, no se percibe confrontación entre la medida proyectada y los fines de coordinación y colaboración que inspiran la regulación estatal contenida en el ya citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

B) Sin que proceda dispensar a la siguiente observación carácter esencial, cabe también señalar, de otro lado, que dicho precepto hace referencia a una eventual anotación registral del inicio del procedimiento de tramitación del PAU en las fincas afectadas por el mismo, que ha de ser también solicitada por su promotor.

En el ya citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, donde no existe determinación similar para un supuesto equiparable al contemplado en el precepto analizado, su artículo 5 prevé la anotación de un inicio procedimental referido a la tramitación de proyectos de equidistribución -concepto parangonable con el de proyectos de reparcelación empleado por la LOTAU-, instrumentos que pueden o no tramitarse simultáneamente a los PAU -según el artículo 119. 4. c) del TRLOTAU-. Para dicho supuesto concreto el referido artículo dispone: *“Artículo 5. Nota marginal de iniciación del procedimiento. [] 1. A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas. En la solicitud constarán las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución [...]. [] 2. La*

nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora [...]”.

Al margen de esta previsión, no enteramente asimilable al supuesto proyectado, el Capítulo IX del referido Real Decreto contempla otros casos y condiciones de anotaciones marginales -artículos 73 al 77-, sin que entre los mismos parezca tener cabida una actuación de inicio procedimental igual a la aquí prevista.

Es más, el propio artículo 1 del citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio -de tenor muy similar al 59 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio-, que parece cerrar el acceso al Registro de la Propiedad de otras actuaciones no acotadas por el mismo, prevé en su apartado 1 que *“Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto, los siguientes: [] 1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de afeciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización. [...] [] 8. Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”*.

En cualquier caso, entendido el precepto analizado como una mera imposición de obligaciones al promotor del PAU, estima el Consejo que aquél no vendría a constituir una ingerencia frontal e inadmisibles en el ámbito de regulación reservado al Estado en materia hipotecaria susceptible de motivar su declaración de inconstitucionalidad. No obstante, debe advertirse que, interpretada más allá de los términos indicados, la determinación mencionada podría entrar en confrontación con las normas reguladoras del Registro de la Propiedad relativas al tratamiento de actos de naturaleza urbanística, en la medida en que la actuación del Registrador de la Propiedad procurada a través de la referida solicitud del promotor pudiera no tener encaje dentro del amplio elenco de supuestos y circunstancias definidos como presupuestos propiciadores de la extensión de notas marginales en dicha regulación estatal.

3.- La **disposición adicional segunda** que regula los Planes de Singular Interés en su apartado 4 remite su aprobación a lo dispuesto en el artículo 33 que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de los Proyectos de Singular Interés. En este artículo, se hace cons-

tar expresamente la necesaria intervención en el procedimiento de los municipios afectados a través del correspondiente trámite de audiencia e informe.

Esta equiparación de procedimiento parece lógica, dada la naturaleza de esta nueva figura de Plan de ordenación territorial y urbanística, que también es de carácter supramunicipal, y que se creará con la entrada en vigor de la norma proyectada.

Aunque no se realice un examen pormenorizado de esta nueva clase de Plan, ni siquiera en su contraste y delimitación con los Proyectos de Singular Interés, este Consejo ha de advertir el distinto modo en el que, al menos en su dicción literal, se describe su afectación al planeamiento municipal. En la proyectada norma se dice que la aprobación definitiva del Proyecto de Singular Interés *“supone la correspondiente innovación del planeamiento municipal”*. Como es obvio esta formulación, en su aparente sencillez, puede conllevar equívocos o, por ejemplo, si la innovación ha de ser previa y ejercida por el municipio o municipios afectados o si deviene como un automatismo tras la aprobación por la Administración promotora, sin actuación posterior alguna de los municipios cuyo planeamiento queda innovado.

En cualquier caso esta formulación difiere notablemente de la contenida en el artículo 19.1 referido a los Proyectos de Singular Interés a cuyo tenor *“su aprobación definitiva determinará, en su caso, la clasificación y la calificación urbanísticas de los terrenos a que afecten, conforme a los destinos para éstos en ellos previstos, debiendo adaptarse el planeamiento municipal a dichas innovaciones, mediante su modificación o revisión, según proceda”*.

El Consejo no puede validar la expresión *“supone la correspondiente innovación del planeamiento municipal”* por la inseguridad jurídica que acarrea para la autonomía municipal garantizada en el artículo 149 de la Constitución, máxime cuando ni siquiera ha contado con las manifestaciones que al respecto pudieran hacerse a través del Consejo Regional de Municipios.

Al menos, la autoridad consultante debiera modificar el texto del anteproyecto en línea a lo ya establecido para los Proyectos de Singular Interés.

Procede traer al dictamen, como breve fundamento de esta advertencia formulada por el Consejo, que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 240/2006, de 20 de julio, ha señalado que la

Comunidad Autónoma “*está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada*”. Añade que “*De ese núcleo no forma parte la competencia para la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, ya que la autonomía local sólo obliga a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico, como las que se ejercen en las fases de aprobación inicial y provisional*”.

4.- La **disposición adicional tercera** que se introduce en el artículo único, apartado cuatro, regula “*El informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística*”.

Este precepto tiene correspondencia con el artículo 15.5. del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que establece la obligación de todas las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanística de elevar a sus órganos colegiados de gobierno un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia. Para el cumplimiento de esta obligación no establece periodicidad mínima, cuya fijación queda a disposición de la legislación en la materia.

Siendo así resulta necesario contrastar el contenido de esta disposición adicional tercera con el precepto básico referido.

En primer lugar, ha de advertirse que esta disposición adicional tercera no fija periodicidad mínima de modo expreso, sino tan sólo el plazo o término en el que ha de presentarse (antes del 1 de diciembre). El autor de la norma está contemplando un informe de periodicidad mínima anual, por lo que de ser así debiera fijarlo expresamente, de modo que la cuestión no quede sometida a interpretación y, por lo tanto, a incertidumbre.

En segundo lugar, para los Municipios, establece un criterio de determinación de los que resultarían obligados elevar el informe distinto al fijado por el precepto básico. Para éste resultan obligados “*al menos*” todos cuantos “*deban tener una Junta de Gobierno Local*”; conforme a lo dispuesto en el artículo 20.b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, regu-

ladora de las Bases de Régimen Local, resultan obligados a tener Junta de Gobierno Local los que cuenten con una población superior a 5.000 habitantes o, en los de menos, cuando así lo acuerde el Pleno o lo disponga su reglamento orgánico.

Además de éstos podrían resultar obligados los que estableciera “*la legislación en la materia*”, referencia que ha de entenderse a la dictada por la Junta de Comunidades en ejercicio de sus títulos competenciales.

Pues bien, la disposición adicional tercera establece como criterio delimitador literalmente “*los Municipios que tengan la obligación de contar con un Plan de Ordenación Municipal*”. Es evidente pues la falta de correspondencia con el precepto básico en la formulación del criterio, y es fácilmente presumible que los resultados de su aplicación práctica mostrarían sus diferencias.

La disposición adicional tercera no puede pretender que su criterio desplace al establecido por el legislador básico. Dicho de un modo aplicativo: un Municipio de más de 5.000 habitantes o de menos, pero que por su propia voluntad tenga Junta de Gobierno Local, estará obligado a realizar el informe y elevarlo a su correspondiente órgano colegiado de gobierno, aunque en virtud de la legislación autonómica (y, en concreto, de la proyectada disposición adicional tercera en relación con el artículo 24.5 del TRLOTAU) pudieran considerarse exentos de la obligación de contar con un POM.

El precepto básico permite que (“*por la legislación en la materia*”) se extienda la obligación de realizar y elevar el informe a más municipios que los directamente obligados por el mismo, pero no reducirlos.

Si lo que pretende el autor de la iniciativa legislativa con esta disposición adicional tercera es ampliar la obligación a aquellos Municipios que, aun teniendo Junta de Gobierno Local, tienen también la obligación de contar con POM, puede hacerlo; pero en este caso con vendría que lo dijera expresamente y sin abrir la puerta a interpretaciones que -basadas en la literalidad- pudieran contraponerse al mandato básico.

Si lo que se pretende es sustituir el criterio del legislador estatal, el reparo que hace el Consejo es esencial.

En cualquier caso, la redacción debe ser modificada para no generar inseguridad en su aplicación.

V

Otras observaciones no esenciales.- Además, procede formular otras varias recomendaciones u observaciones no esenciales, relativas a cuestiones conceptuales, de técnica y sistemática normativa o simples extremos de redacción, cuya atención redundaría en beneficio del texto sometido a consulta.

1.- Dentro de este grupo convendría formular un primer bloque de sugerencias **de índole general**, atinentes a cuestiones de técnica o sistemática centradas en los criterios compositivos o de estructuración seguidos en el diseño de la modificación:

a) En primer lugar, respecto a la parte de la reforma que afecta al articulado del TRLOTAU y que constituye el grueso de la misma, la lectura del texto elaborado revela que se ha acometido la modificación de 28 artículos del vigente Texto Refundido a través de los 32 subapartados en que se divide el apartado dos del artículo único del anteproyecto, adoptándose así diferentes criterios respecto a la localización de los cambios que versan sobre un mismo artículo en uno o en más apartados.

En tal sentido, se aprecia que la realización de varias modificaciones puntuales del artículo 24 se ha desagregado en 3 subapartados diferentes -el 6, 7 y 8- del citado apartado dos; que las alteraciones con incidencia sobre el actual tenor del artículo 92 se han fragmentado también en 2 subapartados -el 20 y 21-; y que los cambios proyectados para el artículo 110 han sido desglosados igualmente en dos subapartados -el 25 y 26-. Paralelamente, se observa cómo, en otros casos, la modificación de varios números, apartados, subapartados o epígrafes de otros artículos han quedado agrupados en un solo subapartado del referido apartado dos -por ejemplo, los cambios previstos para el artículo 83-.

En estas circunstancias conviene proponer la adopción de un criterio uniforme al respecto, sugiriendo que se agrupen en un mismo subapartado todos los cambios que tengan incidencia sobre un mismo artículo del TRLOTAU, y aplicando, además, la recomendación que se expone seguidamente.

b) En segundo término, es criterio de técnica normativa generalmente aceptado, y así lo revelan las instrucciones estatales aprobadas al efecto por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 -apartado 61-, que cuando se lleve a efecto la modificación de varios apartados o párrafos de un mismo artículo, el contenido de

éste se reproducirá íntegramente, de suerte que se ofrezca al operador jurídico una visión íntegra del nuevo tenor adoptado por el artículo alterado.

La observancia de esta regla de técnica normativa aconsejaría reformular el contenido de algunos de los subapartados del apartado dos del artículo único, con el fin de acoger en ellos la versión actualizada y completa de aquellos artículos que experimentan modificaciones parciales, pero con incidencia sobre varios de los números o apartados en que se descomponen.

Tal recomendación se hace extensiva, además de a los tres artículos del TRLOTAU aludidos en la observación precedente -24, 92 y 110-, a los siguientes artículos: 11 (modificado por el subapartado 3), 79 (subapartado 17), 83 (subapartado 18), 85 (subapartado 19) y 120 (subapartado 29). De seguirse dicha proposición, el texto marco introductorio explicativo de la alteración efectuada, debería limitarse a señalar: “*Se modifica el artículo [x], cuya redacción pasa a ser la siguiente:*” o una determinación similar.

c) Por último, para procurar facilitar la comprensión de la norma y la localización de los preceptos específicos que son objeto de alteración en cada caso, así como para lograr una mayor homogeneidad en el modo de definición de los textos marcos introductorios de los nuevos contenidos incorporados a la disposición modificada, convendría seguir un mismo criterio ordenatorio de las referencias identificativas de los artículos, números, apartados o letras, y subapartados o epígrafes afectados, manteniendo siempre el mismo orden precitado y similares criterios terminológicos.

Así, siendo la tónica general que en la redacción de dichos textos marco se mantenga el criterio de ordenación antedicho -v. gr, el seguido en el subapartado 26 del apartado dos del artículo único-, se observan alteraciones del mismo, como revela el examen de los subapartados 4, 7, 22 y 32 del tan citado apartado dos del artículo único, que convendría rectificar en los términos expuestos.

Asimismo, denominándose “*números*” en dichos textos marco a las divisiones de artículos de primer rango identificadas en el TRLOTAU con numerales cardinales, se detecta como única excepción que en el subapartado 32 del apartado dos del artículo único se hace referencia a un “*apartado*” 2 del artículo 183.

2.- La **Exposición de Motivos** se divide en tres apartados dedicados, respectivamente, a plasmar la justificación de la modificación del Texto Refundido de la LOTAU -vinculándola prioritariamente a la puesta en práctica del Pacto por la Vivienda suscrito en la Comunidad Autónoma-, a explicitar las modificaciones introducidas para dinamizar la producción de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública y las medidas para la agilización de los procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos contenidos en dicho Texto Refundido.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo en numerosas ocasiones, el contenido propio de la parte expositiva de las normas se concreta en la descripción del objeto y finalidad de aquéllas, la cita de sus principales antecedentes y las competencias en cuyo ejercicio se dictan. Con esta perspectiva se sugiere un repaso a la Exposición de Motivos incorporada al texto del anteproyecto, en la cual, si bien se han fijado los objetivos y finalidad perseguidos por la norma, no se recoge referencia alguna a la competencia ejercitada.

Asimismo, es preciso señalar diversas observaciones concretas al texto:

El primer apartado comienza afirmando que el cuerpo legislativo urbanístico de Castilla-La Mancha *“cumple en 2008 diez años de vigencia”*, si bien tal referencia no está dotada de precisión, ya que previamente a la aprobación de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha, estaba vigente la Ley 5/1997, de 10 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Se sugiere, por ello, matizar la redacción empleada.

La afirmación contenida en el segundo párrafo de que el Pacto por la Vivienda, al que en buena medida viene a dar respuesta la iniciativa propuesta, *“ha marcado un hito en la participación social en la elaboración de medidas públicas”*, tiene un contenido valorativo ajeno al normativo de las modificaciones y vendría a expresar, en todo caso, actuaciones habidas en la iniciativa legislativa cuya concreción no se ha traído a la Exposición de Motivos, por lo que carece de razón su inclusión.

En el apartado III concerniente, como se ha dicho, a las medidas para la agilización de los procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos contenidos en el Texto Refundido, se cita en el párrafo segundo la introducción en la norma del reconocimiento expreso de la acción pública en materia urbanística o del derecho de los ciudadanos a solici-

tar y a obtener de la Administración competente información sobre el planeamiento urbanístico vigente. Estos derechos, aunque se hayan traído expresamente a la normativa urbanística autonómica con la modificación propuesta, ya venían siendo aplicables a los ciudadanos de la Región, pues se hallaban recogidos con carácter básico en el artículo 4.c) y f) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. Se estima por ello que debería evitarse la cita de los mismos como medida novedosa de la Ley; por otra parte, pese a la ubicación de dichos derechos en el apartado III de la parte expositiva, nada tienen que ver con la agilización de los procedimientos, por lo que debería replantearse la situación de su cita en el texto. Esta última observación cabe hacerla extensiva a la modificación de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos, que se refleja en el penúltimo párrafo de este apartado.

3.- En el artículo único, apartado dos, subapartado 2, se modifica la redacción del **artículo 10** que versa sobre *“La concertación interadministrativa de instrumentos territoriales”*, incorporando diversos añadidos a sus apartados.

El número 1 establece los instrumentos y proyectos que quedan sujetos a concertación interadministrativa. En el punto a), relativo a *“Los instrumentos de planeamiento para la ordenación territorial y urbanística previstos en esta Ley”*, se amplía la necesidad de concertación para *“la consulta previa de viabilidad de actuaciones urbanizadoras en suelo rústico de reserva regulada en el número 7 del artículo 64”*. Dado que dicha consulta no constituye un instrumento de planeamiento propiamente dicho, se estima que estaría mejor ubicada fuera de esa categoría, recogándose en un punto distinto.

El párrafo tercero del número 2 parte de la afirmación de que el trámite de consulta *“será de cumplimiento preceptivo incluso en situación de urgencia”*, exceptuando de tal regla los procedimientos que tengan por objeto instrumentos o proyectos que constituyan desarrollo o ejecución de las determinaciones de otros previos en cuyo procedimiento de aprobación se hubiera cumplido dicho trámite, siempre que no impliquen afectaciones relevantes adicionales a las resultantes del instrumento o proyecto desarrollado o ejecutado. Concluye el párrafo afirmando que *“En esta excepción se entienden incluidos, en todo caso, los Planes a que se refiere el artículo 38”*, eliminando la referencia contenida en el texto vigente a los instrumentos contemplados en dicho precepto cuales son los Planes Parciales, Planes Especiales de Reforma Interior, Planes Especiales que afectan a la ordenación detallada y Estudios de Detalle.

Esta alusión fue introducida en el Texto Refundido a instancia de lo manifestado por este Consejo en su dictamen 163/2004, de 22 de diciembre, con cita del 37/1998, emitido sobre el proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, a fin de evitar un exceso en la técnica de remisión que venía utilizándose a lo largo del texto de la norma, de modo que favoreciera la comprensión del precepto sin necesidad de acudir a la reiterada consulta de otros artículos. Con este mismo objetivo y a falta de razones no expresadas en el expediente que fundamenten la modificación introducida en el apartado, se sugiere el mantenimiento de la redacción vigente.

El número 4 comienza con los términos “*Dicha remisión*” en alusión al envío dirigido a todas las Administraciones territoriales afectadas de la documentación exigible, a fin de sustanciar el trámite de consulta. La extensión del apartado aconseja revisar dichos términos, sustituyéndolos por otros más clarificadores.

La introducción de este nuevo número 4 y la conversión del último párrafo del número 3 en un nuevo número 5, genera incertidumbre sobre cuál es el trámite al que se refiere el inicio de este último apartado, con la alusión inicial a “*Este trámite*”. En el orden expositivo de la norma en vigor no hay duda de que se está refiriendo al trámite de consulta, pero en el nuevo que se plantea puede generarse la duda de si se refiere al que le antecede, que es el de la remisión del instrumento y de la documentación necesaria a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística. En la lógica del Consejo está interpretar que el trámite a que se alude se refiere al de consulta, pero si es así debería precisarse.

En dicho número 5 se reduce a 20 días la duración del trámite de consultas, señalando que “*coincidirá con el trámite de consultas previsto en la legislación ambiental cuando éste sea preceptivo*”. Los plazos de consulta fijados tanto en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, como en la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, para los procedimientos de evaluación de proyectos y de planes y programas superan esos 20 días (30 días en el primer caso y 45 en el segundo). Resulta extraña esa disminución del plazo, máxime cuando en otros preceptos se amplían los correspondientes a la tramitación para la aprobación de los diferentes instrumentos de planeamiento, por el tiempo necesario para cumplimentar los trámites incluidos en el procedimiento de evaluación ambiental.

En el número 6 se añade un nuevo requisito en el trámite de concertación interadministrativa, que es la intervención de un órgano colegiado al que se denomina Comisión de Concertación Interadministrativa, que emitirá “*informe único de concertación interadministrativa sobre el instrumento o proyecto formulado*”. La composición y funcionamiento de dicho órgano se remiten al desarrollo reglamentario. Si bien la Ley puede evitar entrar en el detalle de la regulación del mismo, cuya sede más apropiada se considera la norma reglamentaria, se estima que, al menos, podría crear la Comisión y definir lo esencial de la misma, a fin de posibilitar su inmediata constitución y puesta en funcionamiento una vez entrada en vigor la modificación legal pretendida. De no ser así es evidente que la eficacia quedaría diferida hasta el desarrollo reglamentario, por lo que, en este caso, cuanto menos, la Ley debería establecer un plazo para éste.

4.- En el artículo único, apartado dos, subapartado 4 se modifica el **artículo 12** regulador de “*El procedimiento para la celebración y el perfeccionamiento de los convenios*” urbanísticos. En el número 1 añade a la necesidad de que, tras ser negociados, se sometan a información pública mediante publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y en uno de los periódicos de mayor difusión, que en tales anuncios deberá advertirse de la posibilidad de formular alegaciones, haciendo constar la identidad de las partes firmantes del convenio, las que, en su caso, se hubieran adherido al mismo, su objeto y la identificación gráfica y descriptiva de su ámbito. La referencia a dicho “*ámbito*” resulta indeterminada, debiendo ser matizada. Asimismo, se estima que la alusión a los convenios “*suscritos*” es incorrecta e imprecisa, ya que tal término implica una formalización que en esa fase aún no se ha producido. Dicha alusión debería referenciarse al “*texto aprobado inicialmente*” u otra expresión similar, a cuya firma remite posteriormente el número 4 del precepto.

5.- El **artículo 17** se modifica en el subapartado 5 subsiguiente, comprensivo de la clasificación general de los Planes de ordenación territorial y urbanística, introduciendo en su apartado A).b, dentro de la categoría de los Planes Supramunicipales, la figura de los Planes de Singular Interés, si bien su regulación se ha trasladado en el texto a una disposición adicional segunda de nueva creación, ya comentada en la consideración IV.

Es criticable esta ubicación, pues no tratándose la regulación que contiene de un régimen jurídico especial que no halle situación en el

articulado, se estima más correctamente ubicado en el lugar de éste que le correspondiera, es decir, en un nuevo artículo 18.bis. Las razones de sistemática a que alude la Consejería proponente de la iniciativa para no haber atendido esta observación -también puesta de manifiesto por el Consejo Económico y Social-, no pueden ser compartidas por este Consejo, estimando que el contenido otorgado a la disposición adicional no es propio de las de este tipo y que el propio entendimiento de la norma resulta favorecido con una ubicación de la regulación de la nueva figura dentro del articulado.

6.- El **artículo 24.3**, al que se refiere el subapartado 8 del artículo único. dos, se dedica a la reserva que los Planes de Ordenación Municipal han de prever para la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública. En los apartados A).3 y B).2 prevé, para los municipios con más y menos de 10.000 habitantes de derecho respectivamente, que *“En los ámbitos de suelo urbano no consolidado, sometidos a operación de reforma interior, la reserva se establecerá justificadamente por la Administración actuante en cada actuación”*.

Esta posibilidad habrá de quedar referenciada, en cualquier caso, a la previsión contemplada en el artículo 10.1.b) último párrafo, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que establece con carácter básico, tras fijar la reserva mínima para vivienda sujeta a un régimen de protección pública en el 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización, que, no obstante, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, *“podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”*.

Asimismo, en relación al apartado que se comenta, es preciso señalar que en la clasificación realizada -municipios con más o menos de 10.000 habitantes de derecho- no se recoge el eventual aunque improbable y transitorio supuesto de que se trate de un municipio que cuente exactamente con 10.000 habitantes de derecho, por lo que se sugiere que se retoque la redacción incorporando este supuesto teóricamente posible.

7.- El **artículo 36**, modificado en el subapartado 11 del artículo único.dos, se refiere a *“La tramitación para la aprobación inicial de los Planes de Ordenación Municipal, Planes de Delimitación de Suelo Urbano, determinados Planes especiales y Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos”*.

Prevé en el número 2 letra A) que una vez concluida la redacción técnica del plan se someta a información pública por periodo mínimo de un mes. En la redacción actualmente vigente se expresa que no será preceptivo reiterar este trámite en un mismo procedimiento *“ni aun cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto”*.

Con la modificación propuesta, *“No será preceptivo reiterar este trámite en un mismo procedimiento si se introdujesen modificaciones sustanciales en el proyecto a causa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras Administraciones públicas”*, se establece una literalidad que altera el sentido otorgado al precepto, ya que reduce la excepción de reiteración del trámite al único supuesto de que se introdujeran modificaciones sustanciales en el proyecto, a causa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras Administraciones Públicas.

Entiende el Consejo que en la nueva redacción de este apartado el autor del anteproyecto pretende que la regla de no reiterar el trámite de información pública en el caso de modificaciones sustanciales quede circunscrita a que la causa de éstas sea que se hayan producido en virtud de las alegaciones formuladas en el trámite de información pública o que deriven de los informes emitidos por otras Administraciones públicas. Dicho de otro modo: cuando las modificaciones sustanciales no tengan su origen en dichas alegaciones e informes el trámite de información pública habrá de reiterarse.

En cualquier caso, debería despejarse la incertidumbre a que conduce el precepto en la redacción que se propone.

8.- Los textos marcos introductorios de las modificaciones acogidas en los subapartados 15, 16 y 17 del apartado dos del artículo único utilizan una formulación en tiempo presente *“cuya redacción es la siguiente”*-, que contrasta con la técnica seguida en la generalidad de las restantes alteraciones, donde se hace mención, con mayor propiedad, a la adopción de una nueva redacción *“que pasa a ser la siguiente:”*.

9.- En la redacción proyectada para el futuro **artículo 79, número 3**, del TRLOTAU, relativo a los patrimonios públicos del suelo, sus apartados identificados con las letras a) y b) presentan el siguiente tenor literal: “3.- *Los bienes de los patrimonios públicos del suelo podrán ser: [] a) Enajenados mediante concurso, por precio que, cuando se destinen a viviendas sujetas a algún tipo de protección pública, será igual al de su valor legalmente establecido. El pliego de condiciones justificará en atención a la demanda existente, el concreto tipo de protección pública a que se deberán destinar las viviendas y fijará los plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización y edificación pendientes, así como los precios máximos de venta o arrendamiento de las edificaciones. [] b) Cedidos gratuitamente o por precio igual a su valor legalmente establecido cuando se destinen a viviendas sujetas a algún tipo de protección pública o a programas de conservación o mejora medioambiental, bien a cualquiera de las otras Administraciones públicas territoriales o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público, mediante convenio suscrito a tal fin, bien a entidades cooperativas de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro mediante concurso*”, concretando el párrafo segundo del citado apartado b) que, “*Cuando los procedimientos a que se refiere la letra a) o los concursos previstos en la letra b) queden desiertos, la Administración actuante podrá enajenar directamente los bienes con sujeción a los pliegos y bases de unos y otros*”.

Pues bien, estima el Consejo que este último párrafo recurre a una perífrasis innecesaria y que genera cierta inseguridad jurídica sobre la identificación de los supuestos sobre los que opera la previsión de enajenación directa mencionada, toda vez que si los procedimientos descritos en el apartado a) sólo contemplan la posibilidad de enajenación de terrenos mediante concurso, no se advierte la necesidad de hacer la distinción entre unos y otros supuestos, pareciendo más sencilla y clarificadora una redacción que se limite a hacer referencia conjunta a “*los concursos a que se refieren las letras a) y b)*”.

10.- En el texto proyectado como futuro **artículo 79, número 4**, concerniente a la enajenación de terrenos integrados en los patrimonios públicos del suelo, sus apartados a) y b) adoptan la siguiente redacción: “4. *Son condiciones de las enajenaciones de bienes del patrimonio público del suelo: [] a) El sometimiento al derecho de tanteo y retracto regulado en el artículo 83 de esta Ley. [] b) La vinculación, cuando su destino sea residencial en los términos de la letra a) del número 1 de este artículo, a la construcción de viviendas sujetas a algún tipo de protección pública, si bien de promoción privada por el adquirente, salvo en el supuesto de bienes situados en municipios con menos de 1.000 habitantes de derecho, en los que, mediante autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, se acredite la carencia de deman-*

da de viviendas sujetas a algún tipo de protección pública así como el interés general de la medida. Las condiciones anteriores se harán constar en el Registro de la Propiedad de acuerdo con la legislación hipotecaria”.

a) De un lado, debe significarse que la materia tratada en el apartado b) previamente transcrito incide en un ámbito de regulación que se encuentra condicionado por la normativa estatal dictada con el carácter de “*bases de la planificación general de la actividad económica*” contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLRHL), en cuyo artículo 39, apartado 1, se establece: “*1. Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural*”.

El contraste de lo previsto en ambas disposiciones pone de manifiesto que la primera -la norma autonómica proyectada- contempla un supuesto excepcional de enajenación de terrenos originariamente destinados a la construcción de viviendas protegidas para los que no se mantiene ninguna vinculación de uso futuro a ese mismo fin, ni a ningún otro fin de interés social específicamente previsto al efecto por la legislación en la materia -urbanístico, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes del patrimonio cultural-, como exige el artículo 39. 1 del TRLRHL, pues los únicos condicionantes que se establecen para la operatividad de dicha excepción son el cumplimiento del requisito poblacional aludido, la obtención de autorización de la Consejería competente, la acreditación de la carencia de demanda de viviendas de dicha índole y “*el interés general de la medida*”; concepto jurídico indeterminado este último que, posibilitando un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones, no garantiza la adscripción de los terrenos enajenados a la consecución de fines de interés social concretos que han de ser debidamente especificados por la legislación urbanística, según impone, como criterio general, la legislación básica estatal.

Por ello, una interpretación integradora de ambos preceptos y respetuosa de la legislación básica estatal dictada en la materia impone que la apreciación de las razones de interés general cuya concurrencia deba ponderarse para autorizar la referida medida excepcional, suponga necesariamente el respeto de las previsiones del artículo 39. 1 del

citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en relación con las vinculaciones de uso de los bienes inmuebles integrantes de los patrimonios públicos del suelo determinadas en dicho artículo y apartado; circunscritas, eso sí, a los terrenos incluidos en dichos patrimonios públicos en virtud del deber de cesión obligatoria de los porcentajes de aprovechamiento lucrativo establecidos en el artículo 16. 1 b) del propio TRLS.

b) En segundo término, la estructura adoptada por ambos apartados -a) y b)- y el contenido específico incluido en cada uno de ellos plantea la incógnita de a qué “*condiciones*” -en plural-, se está refiriendo el inciso final del apartado identificado con la letra b), toda vez que el mismo se ocupa de regular una sola condición: la vinculación de futuro destino que sobre los terrenos enajenados se impone para que sean empleados en la construcción de viviendas protegidas, con la sola excepción del supuesto de falta de demanda aludido, que queda sometido a los requisitos concretos reflejados en el precepto.

Es por ello que la interpretación más razonable que cabe hacer sobre el uso en plural de la expresión “*condiciones anteriores*” pase por hacerla también extensiva a la consignada en el apartado a), localizado previamente, y que se refiere al sometimiento a los derechos de tanteo y retracto. De ser así, el contenido del número 4 analizado debería ser objeto de reformulación, para reflejar de modo inequívoco a qué condiciones se está haciendo referencia respecto de la indicada inscripción registral.

c) Asimismo, el apartado c) de dicho artículo 79, número 4, debería incorporar una referencia expresa a la permuta, como sistema novedoso de enajenación incorporado explícitamente por la reforma, que despeje cualquier posible duda sobre la aplicabilidad de las determinaciones acogidas en el mismo a los bienes salidos de los patrimonios públicos del suelo mediante dicha fórmula de enajenación.

11.- En el subapartado 19 del apartado dos del artículo único del anteproyecto, al que es predicable la recomendación general de reforma integral expuesta como apartado 1. b de la presente consideración, el texto marco introductorio de la alteración normativa que se pretende dice textualmente: “*Se modifica el artículo 85, número 1, y se le añaden los números 3,4 y 5, quedando con la siguiente redacción:*” Sin embargo, la lectura de los contenidos incluidos con posterioridad revela que también pretende insertarse en el artículo afectado un número 6, al que no se hace alusión alguna en el texto marco previamente reproducido.

Precisamente en el **apartado 6 del referido artículo 85**, que versa sobre la obligación de notificación de los transmitentes de bienes para hacer posible el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, se prevé que *“La falta de acreditación de haberse notificado la enajenación de bienes afectados por áreas de tanteo y retracto con los requisitos exigidos en los apartados anteriores, impide la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión efectuada”*.

Enlazando con lo ya expuesto en la Consideración IV, en la que se ha formulado una observación de carácter esencial por posible vulneración de la competencia estatal en materia de legislación civil -artículo 149. 1. 8ª de la Constitución-, conviene aquí poner de manifiesto que el modo de hacer operativos los referidos derechos de tanteo y retracto en su relación con el Registro de la Propiedad es materia que se encuentra regulada de forma pormenorizada en los artículos 83, 84, 85 y 86 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el se aprobaron las normas complementarias al Reglamento de Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

De lo establecido en dichos preceptos conviene destacar:

“Artículo 85.- Circunstancias de las notificaciones.- [] A efectos de la inscripción por el Registrador de la Propiedad de los títulos de transmisión sujetos a tanteo y retracto, el régimen de las notificaciones a favor de la Administración se ajustará a las siguientes normas: [] 1. Antes de la enajenación, los propietarios afectados deberán notificar al Ayuntamiento dicha decisión, haciendo constar las características de las fincas, los datos registrales en su caso, su descripción, precio y forma de pago proyectados, las circunstancias del futuro adquirente y las restantes condiciones esenciales de la transmisión. [] 2. Con posterioridad a la transmisión realizada, el adquirente deberá comunicar la misma al Ayuntamiento mediante entrega de la copia de la escritura o documento en que fuere formalizada. [] 3. Para que puedan inscribirse por el Registrador de la Propiedad los documentos de adquisición de los bienes a los que se refiere este Capítulo deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, con los requisitos exigidos. La falta de justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si en dicho plazo de vigencia se acreditara la práctica de las notificaciones en forma legal”.

“Artículo 86. Efectos de la declaración de sujeción o no sujeción de la finca a tanteo y retracto urbanístico. [] A los títulos traslativos a que se refiere este Capítulo les serán aplicables las siguientes reglas: [] 1. Si en el título se declarare expresamente que la vivienda o terreno no está incluida en área de tanteo y retracto, el Registrador practicará la inscripción, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 que subsigue. [] 2. Si la declaración fuere positiva y no se hubiere llevado a efecto la notificación pertinente, el Registrador suspenderá la inscripción, si bien podrá tomar anotación preventiva por defecto subsanable, que se convertirá en inscripción si durante su plazo de vigencia se acreditare la práctica de la notificación. [] 3. Si en el título no se hiciera declaración expresa sobre la inclusión o no inclusión de la vivienda o terreno en área de retracto, no será inscribible aquél por el Registrador de la Propiedad. [] 4. Si la declaración fuere negativa, pero de los detalles de descripción de la finca, de su localización respecto de viales determinados o de otros datos que pudieren resultar del contenido de la documentación remitida conforme a lo dispuesto en el artículo 83, resultaren indicios de que el inmueble pudiera estar comprendido en área de retracto, el Registrador, sin perjuicio de practicar la inscripción, comunicará al Ayuntamiento competente el hecho de su otorgamiento y las demás circunstancias señaladas en el artículo anterior. [] 5. Practicada la notificación a que se refiere el apartado anterior, el Registrador tomará nota de su fecha al margen del asiento de presentación y prorrogará la vigencia de éste, en su caso, hasta quince días. Transcurridos quince días sin que el Ayuntamiento manifieste expresamente que la finca o fincas transmitidas se encuentran situadas en área de tanteo y retracto, practicará la inscripción solicitada. En el supuesto de que la respuesta fuere positiva, el Registrador procederá en la forma señalada en el apartado 2 de este artículo”.

La lectura de ambos artículos evidencia con claridad que existe una regulación estatal detallada que contempla con gran precisión las diferentes incidencias que pueden producirse en el proceso de control analizado, así como las actuaciones derivadas de las mismas y los efectos registrales que en cada situación se han de producir.

En consecuencia, como quiera que el precepto autonómico examinado incurre en una visible simplificación de las diferentes alternativas y contingencias que pueden darse en relación con las citadas actuaciones registrales, viniendo a incidir sobre un ámbito material de regulación que corresponde al Estado, resultaría conveniente para salvaguardar la viabilidad del mismo, eludiendo cualquier atisbo de inconstitucionalidad, que su contenido adopte un tenor que ponga claramente de manifiesto su supeditación a lo previsto en las normas hipotecarias de aplicación, para lo cual se propone sustituir el categórico inciso final analizado por otra fórmula remisiva como la que seguidamente se sugie-

re: *“La falta de acreditación de haberse notificado la enajenación [...], producirá los efectos obstativos de la inscripción en el Registro de la Propiedad previstos en la normativa estatal reguladora del mismo”*.

12.- En el **artículo 92, número 5, letra c)**, regulador de las reglas a las que ha de sujetarse el procedimiento de aprobación de la reparcelación, se introduce como novedad en la **regla 1ª** la preceptividad de la *“notificación formal e individual a los titulares de derechos afectados por la actuación urbanizadora propuesta que figuren en el Registro de la Propiedad antes de la primera publicación del edicto”*. Siendo esta modificación por adición, una garantía suplementaria, no contenida en el actualmente vigente texto de la LOTAU, llama la atención a este Consejo que únicamente se otorgue dicho carácter preceptivo a la notificación que se haya de realizar a los titulares de derechos afectados por la actuación urbanizadora que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad, y no también a la que eventualmente pudiera hacerse a otros posibles titulares de derechos que puedan acreditar su condición de tal por otros medios distintos del Registro de la Propiedad. Esta última es, de hecho, la línea de actuación que pretende acoger la LOTAU, cuando en el apartado 4 del artículo 120, según la redacción otorgada por la presente reforma, considera titular a efectos de la tramitación de los Programas de Actuación Urbanizadora a *“quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, o en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, tanto en concepto de titular de derechos de dominio sobre las fincas o derechos de aprovechamiento afectados, como a los que ostentes sobre los mismos cualquier otro derecho real o personal inscrito en el Registro de la Propiedad”*.

Teniendo en cuenta, además, que el legislador estatal, al regular las facultades integrantes del contenido del derecho de propiedad del suelo, -artículo 8 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio- utiliza el término *“propietario”* sin supeditar tal condición a su inscripción en el Registro de la Propiedad, procede reconsiderar el ámbito de la notificación recogido en la regla objeto de estudio a fin de armonizarla con lo dispuesto en el citado artículo 120, apartado 4 del anteproyecto.

13.- En el nuevo texto proyectado como modificación del **artículo 110, número 4, apartado 3, letra b)** del TRLOTAU -acogido en el subapartado 26 del apartado dos del artículo único-, se contiene una referencia a la letra g) del artículo 115 que resulta imprecisa, por incompleta, toda vez que la remisión mencionada debería hacer mención expresa al artículo 115, número 1, letra g).

14.- En el nuevo **artículo 119**, cuya modificación completa se efectúa en el subapartado 28 del apartado dos del artículo único, el título subsistente, no afectado por la modificación proyectada, hace referencia al “*pago mediante cuotas de urbanización*” de la actuación urbanizadora. Ahora bien, estima el Consejo que dicho título, que debe procurar el mejor reflejo sintético de las determinaciones comprendidas en el artículo, no guarda una correspondencia suficientemente precisa con el variado contenido de los preceptos que alberga, pues una lectura completa del mismo evidencia que éste no sólo regula el pago en metálico de la actuación urbanizadora -cuotas de urbanización-, sino también los diversos casos o circunstancias en que puede obviarse tal alternativa y tener lugar la retribución mediante la entrega de terrenos edificables, así como diversas peculiaridades de la materia regulada, bien específicas del pago con terrenos, bien comunes a ambos supuestos -números 1, 2 y 3 del referido artículo-.

15.- En la nueva redacción proyectada para el **artículo 120, número 5**, relativo a la presentación de alternativas técnicas y proposiciones jurídico-económicas en el curso del trámite de información pública de los programas de actuación urbanizadora de iniciativa particular, se advierte la desaparición del último párrafo del texto actualmente vigente, donde se dispone que la prórroga del plazo de información pública a causa de la presentación de eventuales alternativas técnicas distintas a la inicial “*se hará constar en el expediente, se anunciará en el tablón de anuncios del Municipio y se comunicará a quienes, por desconocerla, presenten plicas prematuramente. Asimismo también se les comunicará la presentación de eventuales alternativas en competencia que se presenten durante la prórroga establecida*”.

Ahora bien, la lectura completa del nuevo texto proyectado no sugiere explicación alguna que justifique la eliminación de los mandatos de constancia documental, divulgación y comunicación previstos en el párrafo mencionado. Por ello, estima el Consejo que convendría reconsiderar su defectibilidad y ponderar las consecuencias que de dicha supresión pudieran derivarse.

16.- El texto proyectado como nuevo **artículo 144, número 2**, letra o apartado b), viene a establecer que podrán ser beneficiarios de la expropiación de los Planes de Singular Interés y Proyectos de Singular Interés “*b) los particulares adjudicatarios del concurso para la ejecución de dicho Plan*”. Se incurre así en una formulación falta de coherencia, al no guardarse la necesaria concordancia de número entre el párrafo introductorio común a los tres apartados subsiguientes -a), b) y c)-, que alude en plural a los citados planes y proyectos, y el texto previamente transcrito.

17.- La **disposición adicional segunda** que se introduce en el texto de la LOTAU emplea en el número 1, en la definición de los Planes de Singular Interés, conceptos indeterminados tales como “*relevante interés social o económico*”, “*importancia*” o “*especiales características*”, cuya ambigüedad e indeterminación debería ser acotada en la medida de lo posible, puesto que abocan a una discrecionalidad cuya amplitud contrasta con la parquedad con la que se contempla la garantía de la autonomía municipal a la que se ha hecho objeto de atención en la consideración IV, apartado 3.

18.- En las **disposiciones adicionales primera y segunda** del anteproyecto debería incluirse un título, en consonancia con las demás previstas en el texto de la disposición.

19.- En la **disposición adicional segunda**, reconoce el anteproyecto la condición de beneficiaria a efectos de expropiación, a la “*Empresa Regional de Suelo y Vivienda de Castilla-La Mancha SA*”. Esta denominación no se corresponde con la prevista en la Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación de dicha entidad, que la llama Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha.

20.- La **disposición adicional tercera** refleja una modificación de determinados preceptos de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha. Por su contenido modificador dicha disposición no puede ser calificada como adicional, debiendo incardinarse dentro de las finales, tal como establece el apartado 42.a) de la Resolución de la Secretaría del Ministerio de Presidencia de 28 de julio de 2005, por la que se da publicidad al acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Conforme a este apartado, al tratarse de un precepto que modifica el Derecho vigente, deberá incluirse en el primer lugar de las disposiciones finales.

21.- En la **disposición adicional cuarta** el anteproyecto vuelve a hacer referencia a la Comisión de Concertación Interadministrativa cuya regulación había introducido de forma novedosa en el artículo 10.6. En este punto es preciso remitir al comentario concerniente a dicho precepto, en cuanto esta disposición viene a ser reiteración de su contenido, añadiendo únicamente al desarrollo reglamentario que prevé las “*funciones*” de dicho órgano, no contempladas en el precepto inicial. En cualquier caso, si la llamada al desarrollo reglamentario se mantiene en esta disposición, debería eliminarse del articulado, fijándose un plazo necesario para su efectividad.

El último punto de la disposición regula un régimen de transitoriedad hasta la entrada en vigor de la norma que regule la composición y funcionamiento de la Comisión de Concertación Interadministrativa, señalando que será aplicable el régimen de concertación previsto en la Ley salvo en lo que respecta a la actuación de dicho órgano. La obviedad de lo afirmado hace prescindible la inclusión en el texto del párrafo comentado, el cual, por otro lado, al prever un régimen de aplicación temporal de la regulación, no puede ser catalogado como disposición adicional sino como transitoria.

22.- La **disposición transitoria primera** prevé que las modificaciones legislativas introducidas por esta Ley, salvo que se sujeten a un régimen transitorio específico, no resultarán aplicables a los procedimientos ya iniciados a su entrada en vigor, salvo que *“el interesado”* solicite la aplicación íntegra de los nuevos preceptos. El concepto de interesados viene definido en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor se considera como tales *“a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos [] b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte [] c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”*.

Advierte este Consejo que con esta cita del artículo 31 *“interesados”* son sujetos muy diversos. La virtualidad del precepto examinado exigiría, al menos, la precisión de si con *“interesado”* se refiere la disposición al promotor como parece que sería lo lógico. Habría que añadir como observación que esta disponibilidad del procedimiento que se hace a una de las diversas clases de interesados tendría que tener la salvaguarda de que no quedaran comprometidos o afectados las otras clases de interesados.

23.- En la **disposición final primera**, sobre *“Otorgamiento de delegación legislativa”*, debería eliminarse por su obviedad los términos *“de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”* que se vinculan al Consejo de Gobierno.

24.- La **disposición final tercera** fija la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha. Dada la complejidad de la materia objeto de regulación y el interés manifestado en su aplicación inmediata, no puede hacer este

Consejo un juicio sobre la misma, debiendo ser las Cortes de Castilla-La Mancha las que, en última instancia, valoren este aspecto.

25.- Por último, procede poner fin a las observaciones acogidas en esta consideración, con la advertencia de algunas erratas de diversa índole o deficiencias de redacción, que, sin pretensión de ser exhaustivos, pasan a exponerse brevemente:

a) En la Exposición de Motivos, apartado I, párrafo tercero, primera línea, se ha omitido la preposición “*de*” a continuación del sustantivo “*figura*”.

b) También en la Exposición de Motivos, apartado III, último párrafo, la fecha de aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2008 que allí se plasma es errónea, toda vez que dicha disposición es de 20 de junio de 2008.

Otro tanto cabe decir respecto a la referencia al citado Texto Refundido introducida en el apartado Cuatro del artículo único, por el que se añade una nueva disposición adicional tercera al TRLOTAU.

c) En el artículo único, apartado dos, subapartado 2, deberá eliminarse el acento en el término “*él*” que se introduce en la segunda línea del apartado 5.

d) En el artículo único, apartado dos, subapartado 7, deberá figurar entre comillas el texto del nuevo artículo 24.2.c) que se introduce.

e) El título de la disposición transitoria segunda, “*Régimen adaptación densidad poblacional*”, debería completarse por “*Régimen de adaptación del criterio de la densidad poblacional*” u otro similar.

VI

Consideración final.- Estima este Consejo necesario realizar una observación final, sin afán de establecer conclusiones ni una valoración de conjunto de la modificación proyectada.

Esta modificación se presenta directamente vinculada a la necesidad de una mejor instrumentación jurídica del Pacto por la Vivienda. Aún siendo así, en todo caso se despliega a través de numerosas modificaciones de muy diversa índole en un nada corto número de artículos de diversos títulos y capítulos del TRLOTAU. No es aventurado afirmar que, si bien no aborda una reforma que afecte al conjunto y a la estructura de la norma que modifica (que eventualmente pudiera proyectarse

también en virtud de la experiencia obtenida en su aplicación) sí al menos la altera de modo que no solo hará conveniente un posterior texto refundido sino que también hace necesario, previamente, un cuidadoso examen para determinar si las modificaciones proyectadas generan problemas de articulación, de interpretación o incluso antinomias con otros preceptos de la LOTAU que no se modifican; o de otras normas autonómicas. Examen necesario a fin de evitarlos en lo posible.

Por ejemplo, en varios de los preceptos del anteproyecto se expresa la necesidad de imbricar los procedimientos urbanísticos y de evaluación ambiental, instando a su coordinación y a su sustanciación de manera conjunta. En este sentido afirma la Exposición de Motivos del anteproyecto que *“fija la atención la norma sobre los distintos procedimientos de aprobación de instrumentos urbanísticos que deben de coordinar su tramitación con la propia de los instrumentos ambientales. A tal fin se prevé en la norma la concurrencia y armonización de ambos procedimientos, en especial en lo que toca a sus respectivos y esenciales trámites de consultas y de información pública, de manera que éstos puedan realizarse de manera conjunta y bajo un plazo común, lo que sin duda asegurará la coordinación y el consenso entre la política medioambiental y la propia de la ordenación del territorio y del urbanismo”*.

Así, constan referencias de este tipo en las modificaciones afectantes a los artículos 10.5 -relativo al trámite de consultas sustanciado en la fase de concertación interadministrativa-; 30 -referente a la documentación que han de presentar los diferentes tipos de planes-; 36 -regulador de la tramitación para la aprobación inicial de los Planes de Ordenación Municipal, Planes de Delimitación de Suelo Urbano, determinados Planes Especiales y Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos-; 38 -sobre elaboración, tramitación y aprobación de Planes Parciales, determinados Planes Especiales y Estudios de Detalle-; 120.5 -relativo a los Programas de Actuación Urbanizadora de iniciativa particular-, disposición adicional segunda.⁴ -concerniente al procedimiento de aprobación de los instrumentos de desarrollo de los Planes de Singular Interés- y disposición adicional tercera -que contempla los efectos que el informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística podrá tener como seguimiento de evaluación ambiental-.

Aun compartiendo este Consejo el objetivo perseguido con tales preceptos, por la necesidad de armonizar ambos procedimientos, evitar dilaciones innecesarias en sus plazos y duplicación en sus documentos y, en definitiva, reforzar la seguridad jurídica de los afectados por los mismos, se estima necesario sugerir, dada la complejidad y especialización de aquéllos y el hecho de que no figure en el expediente informe

alguno de la Consejería competente en materia medioambiental, que se proceda a una revisión exhaustiva de los trámites y requisitos en ellos incluidos y a la comprobación de que no existirán distorsiones a la hora de proceder a su puesta en práctica.

El Consejo ha de advertir a la autoridad consultante, que a la solución de la problemática aquí planteada (no sólo la del ejemplo) ha de confiar más en su propio conocimiento (y particularmente, en lo que haya advertido en el procedimiento de elaboración de la norma cuyo expediente no ha sido completamente integrado) que en el examen realizado por este Consejo en el breve plazo que implica el carácter urgente del dictamen.

Cabe añadir también por último en esta consideración final que en el anteproyecto hay varias referencias a la necesidad de desarrollo reglamentario sin fijar plazo para el mismo. Resulta necesario que la autoridad consultante adelante su criterio respecto a los plazos en lo que ha de cumplirse esta previsión legal. No parece lógico que una norma proyectada con afán de dotar de base legal a una política de urgente aplicación, no comprometa el plazo en que ha de completarse la misma reglamentariamente.

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 VE elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación como Proyecto de Ley el anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, señalándose como esenciales las observaciones formuladas en los apartados 1, 2 A), 3 y 4 de la consideración IV.”

Toledo, 5 de noviembre de 2008

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA LA MANCHA

Pilar Domínguez Martínez (P.D.)

M^a Nieves Pacheco Jiménez M.N.P.

Profesoras Doctoras de Derecho Civil Universidad de
Castilla-La Mancha

INTERDICTO DE RECOBRAR:

Improcedencia: Reclamación de reintegro de la posesión, por quienes al final reconocen que sólo son poseedores, aunque sea desde tiempo “inmemorial” frente a quien dice ser su propietario. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 26 junio de 2008.**

Ante la desestimación de la demanda de reintegro de posesión de la finca que en primera instancia declara la demandante ser de su propiedad, se interpone recurso de apelación. El Tribunal en virtud de la documentación aportada con la demanda, declara que “falta el título (art. 609 del Código Civil) según el cual partiendo del propietario que jurídicamente tuviera la facultad de transmitir el dominio por estar amparado en derecho, hacen que las sucesivas transmisiones realizadas determinen la propiedad de la finca cuya posesión se reclama”. En efecto, según el Tribunal, el efecto de la posesión de la finca cuyo reintegro se reclama, deriva del derecho de propiedad que en modo alguno resulta acreditado documentalmente de un modo fehaciente y objetivo. No bastan las declaraciones de adquisición por vía hereditaria del hermano fallecido de la actora que consta como titular catastral. Los datos catastrales de la finca aportados a los efectos de acreditar la propiedad del hermano fallecido de la actora son insuficientes. Otra cuestión es que la propiedad se hubiera adquirido por el causante por prescripción lo cual, según el Tribunal, habría de ser demostrarlo, al no constar la inscripción del dominio en el registro de la propiedad. Por otro lado, los demandados también irrogan un derecho de propiedad sobre la misma finca aportando al efecto escritura de donación, así mismo reconocen haber ejercitado la facultad dominical consistente en la colocación de un vallado sobre la misma finca en el año 2005.

En definitiva, la Audiencia desestima íntegramente el recurso de apelación, de quienes, después de irrogar la propiedad de un terreno, a la postre reconocen que sólo son poseedores, si bien desde un tiempo “inmemorial”. Resulta significativo, a juicio del Tribunal que ante un acto limitativo de las facultades dominicales, se reclame exclusivamente el reintegro de la posesión de la propiedad perturbada frente a quien además dice ser propietario y se comporta como tal y por ende poseedor de la finca. Junto a los argumentos del Tribunal de instancia, el Tribunal de apelación fundamenta la situación enjuiciada diciendo “que en nuestro ordenamiento jurídico derivado del derecho romano/canónico, no hay una sola forma de poseer, pues ya el artículo 430 del Código Civil distingue ante la posesión como simple tenencia, (posesión natural), y la posesión civil, que es la que a la tenencia incorpora el poseer la cosa o derecho como suyos, señalando el artículo 432 del Código Civil que la posesión puede tenerse en dos conceptos, o en el de dueño, o en el de tenedor para disfrutar o conservar la cosa perteneciendo el dominio a otra persona”.

P.D.

JUICIO CAMBIARIO:

EXCEPCIONES: Compensación: Improcedencia: Título de favor sin ninguna obligación real que lo sustente. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 8 julio de 2008.**

En primera instancia resulta desestimada la demanda de oposición interpuesta por la sociedad actora, en juicio cambiario instado contra la misma. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia, confirma íntegramente la sentencia de instancia recurrida.

De este modo se argumenta que la compensación como forma de extinción de las obligaciones, se configura como el núcleo central y único de la oposición al juicio cambiario, y entre los requisitos necesarios para su aplicación, el artículo 1196 del Código Civil requiere la exigibilidad de las dos deudas a compensar. A juicio de la Audiencia y de acuerdo con manifestado en la instancia, este requisito no se reconoce en el pagaré que el opositor pretende hacer valer frente a la cantidad a él reclamada en el procedimiento cambiario enjuiciado. Por otro lado, la

ausencia de recursos conocidos frente a la resolución de instancia, confirma lo dispuesto por ella, es decir, que el pagaré es un “Titulo de favor”, es decir sin ninguna obligación real que lo sustente.

P.D.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL:

Acción culpa extracontractual: Inexistencia. No se ejercita una acción derivada de culpa extracontractual, sino una acción de recobro de lo abonado al asegurado como consecuencia de un accidente de circulación. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 26 junio de 2008.**

La Audiencia confirma parcialmente la sentencia estimatoria dictada en primera instancia sobre la reclamación de la cantidad abonada al asegurado por la Compañía aseguradora como consecuencia de un accidente de circulación. La cuestión a resolver es si la Aseguradora tiene derecho a cobrar el importe abonado al asegurado más los intereses sancionatorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, como resuelve la instancia, o exclusivamente la cantidad abonada al asegurado. En este sentido, entiende la Sala, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la compañía solamente podrá obtener en su reclamación la cantidad que realmente haya abonado a su asegurado. Se alude al principio general del derecho, de evitar un enriquecimiento injusto, que se produciría como en el caso presente, en el que se le conceden los intereses sancionatorios previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Al respecto, declara la Audiencia, que lo que se ejercita no es una acción derivada de culpa extracontractual, sino una acción de recobro de lo abonado al asegurado como consecuencia de un accidente de circulación. Por ello, admite el recurso interpuesto, limitándose a revocar la sentencia de instancia en el aspecto solicitado de dejar sin efecto el abono a la compañía aseguradora de los intereses recogidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

P.D.

FACTOR NOTORIO:

Contrato de servicios: Obligaciones contraídas por el Director Comercial sin poder general inscrito: Presunción legal de que los contratos que efectúan se entienden hechos por cuenta de la sociedad o entidad en la que están integrados, siempre que los negocios concertados se refieran al propio giro o tráfico de la empresa a la que pertenecen. Deudas sociales: Asunción de deuda: Solidaridad Director y Sociedad: existencia. PRUEBA: Confesión: Valoración: La simple confesión del codemandado asumiendo la deuda reclamada por la actora y eximiendo de ella a la sociedad, no es suficiente prueba, al existir otras pruebas documentales que la contradicen. MORA: Obligaciones Mercantiles: Artículo 63 del Código de Comercio. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 12 junio de 2008.**

La cuestión principal debatida en la alzada es la de considerar si la deuda de contrato de prestación de servicios, reclamada por la actora es de carácter personal del codemandado, o corresponde también a la Sociedad codemandada, en la que el primero ejerce el cargo de Director comercial.

La actora es una Agencia de Viajes que reclamó en primera instancia y en forma solidaria, el pago de las facturas por los servicios prestados a la sociedad limitada y frente al director comercial de la misma, al amparo de los artículos 244 a 280 del Código de Comercio y artículo 1254 y siguientes del Código Civil. La sentencia de instancia, atendiendo a la confesión del director comercial demandado, reconoce que la deuda reclamada era una deuda de carácter personal del mismo, absolviéndose a la Sociedad demandada. En cuanto a los intereses moratorios, se aplican desde la presentación de la demanda.

La cuestión a resolver consiste en determinar la responsabilidad solidaria de la sociedad codemandada, por un lado, atendiendo a la prueba documental que rotundamente lo acredita, frente a la prueba de confesión admitida en la instancia y por otro, aplicando la figura del factor notorio contemplada en el artículo 286 del Código de Comercio. En cuanto al primer punto, la Sala aunque atribuye efectos decisivos al interrogatorio del codemandado por el Juez de instancia, sin embargo, reconoce que esa apreciación pugna abiertamente con el resto de la prueba, esencialmente la documental, y con las reglas de valoración de la confesión contenidas en el artículo 316 L.E.C. La razón que se argumenta es la contradicción entre los resultados de la prueba documental

con el resultado de la prueba de confesión, así mismo, se dice que lo confesado por el codemandado no le es enteramente perjudicial. A juicio de la Audiencia, de las pruebas documentales practicadas, se deduce que los servicios se contrataron y se prestaron para la sociedad

En cuanto al segundo punto, a pesar de que el codemandado no acredite el poder general inscrito, señala la Sala que le corresponde la condición de factor notorio, debiendo entrar en juego la figura contemplada en el artículo 286 Código de Comercio y reconocida en numerosa jurisprudencia, entre otras sentencias, la STS de 18-11-96 EDJ 1996/8001 , según la cual “a estos colaboradores dependientes del empresario y en relación laboral de subordinación, generalmente estable, les asiste la presunción legal de que los contratos que efectúan se entienden hechos por cuenta de la sociedad o entidad en la que están integrados, es decir, que los llevan a cabo en nombre de su principal, siempre que los negocios concertados se refieran al propio giro o tráfico de la empresa a la que pertenecen.”

Por ende, reconoce la Sala que la deuda contraída por el factor notorio es una deuda social. A este respecto se cita la S.T.S. 20-Febrero-2.006, según la cual “ se trata de una situación inversa a la que normalmente se contempla en la denominada doctrina del levantamiento del velo, que por idéntica razón se ha de evitar que los efectos perjudiciales para tercero mediante el fraude de Ley o el abuso de derecho, se produzcan por el fácil trámite de asumir una persona física (normalmente insolvente), estrechamente vinculada a la sociedad, las obligaciones que normalmente corresponden a ésta, dada la naturaleza de dichas obligaciones y su íntima concesión con la finalidad de su creación”.

Una vez reconocida la deuda del contrato de servicios como deuda social, la Sala matiza que, el acto propio de asunción de deuda que realiza el director codemandado no tiene ninguna transcendencia a los efectos de eximir de responsabilidad a la sociedad, pero si la tiene, según el Tribunal, a los efectos de determinar la corresponsabilidad de ambos demandados. Así mismo, se refiere la Sala a la necesidad de demandar conjuntamente a la Sociedad y al factor notorio, con independencia de que se trate de una deuda social, “porque no puede arriesgarse a que se declare falta de legitimación al demandado, e imposibilidad de condena del no demandado, del no oído”.

Por último, en cuanto a los intereses impuestos en la sentencia desde la presentación de la demanda, se recurre la inaplicación del art. 63 de Código de Comercio respecto a la mora en el cumplimiento de

obligaciones mercantiles, según el cual “los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comienzan al día siguiente del señalado para su cumplimiento”. La Audiencia reconoce su aplicación, atendiendo a la dicción del contrato suscrito por las partes que establecía que el pago de los servicios se hacía a los 30 días de la factura. Aún más, según la Sala, tratándose de una deuda, vencida, líquida y exigible, la existencia de requerimientos de pago y compromisos de pago incumplidos por el deudor en tiempo intermedio a la presentación de la demanda acreditan el conocimiento por parte de la deudora de la reclamación extrajudicial y por ende la aplicación de los intereses de acuerdo al artículo 63 del Código de Comercio.

P.D.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL:

Existencia. DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES: Responsabilidad objetiva, artículo 1905 del Código Civil: Culpa exclusiva de la víctima y Fuerza mayor: Inexistencia. INCRONGRUENCIA EXTRA- PETITUM: Inexistencia. BAREMO: Aplicación orientativa, no vinculante. INTERESES: Desde la interposición de la demanda. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 11 junio de 2008.**

Esta sentencia confirma en su totalidad la sentencia de instancia que condena a indemnizar los daños causados a la demandante con ocasión del ataque del animal, perro adulto de raza mastín, cuando ésta paseaba con su perro caniche. El primer motivo de recurso alegado y referido a la culpa exclusiva de la víctima es rechazado por la Audiencia, a la vista de los hechos probados en primera instancia, no se reconoce acto o actos en que poder fundar una culpa exclusiva en la víctima, ni siquiera culpa concurrente, tanto culpa en su acepción técnico-jurídica como en su acepción vulgar de una causa material, a juicio de la Sala “el hecho de coger en brazos a su pequeño perro, ante el ataque del mastín, no puede entenderse como un acto reprochable ni imprudente, por cuanto viene amparado por el derecho de defensa de los bienes propios, y no causa daño a tercero”. Tampoco es admitida la fuerza mayor en el sentido de “circunstancia ajena a quien la invoca, aunque imprevisible, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida”. Señala la Audiencia que, la ruptura de la

cadena que ataba al perro, por la propia fuerza de éste, no es en ningún modo una circunstancia extraña y ajena, y mucho menos imprevisible al poseedor del animal, quien precisamente ató a su perro con una sujeción que finalmente se reveló insuficiente.

Según la Audiencia, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva del poseedor del animal, consagrada en el artículo 1.905 CC y reconocida reiteradamente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. de 3-4-1957, 26-1-1972 EDJ 1972/24 , 15-3-1982, 31-12-1992 EDJ 1992/12934 , 10-7-1995 EDJ 1995/4006 , 31-12-1992, 21 -11- 1998, 12 -4- 2000 EDJ 2000/6184 y 29 -5- 2003 EDJ 2003/17154). De modo que sólo es posible la exención de culpa mediante la ruptura del nexo causal por la intervención del propio perjudicado o un hecho de fuerza mayor. La inversión de la carga de la prueba en estos casos, es debida a la existencia una presunción iure et de iure de culpabilidad que podrá quedar desvirtuada por la prueba en contrario del poseedor del animal demandado.

El segundo motivo que alega el actor sobre la incongruencia *extra-petitum* de la sentencia recurrida por concesiones indemnizatorias por secuelas no invocadas, también es rechazado. Según la Audiencia, la cantidad concedida fue inferior a la solicitada, y además tiene la misma la causa de pedir, se trata de lesiones y secuelas alegados y con “relevancia jurídica para individualizar la pretensión procesal” (SS. entre otras 19 jun. EDJ 2000/13141, 24 jul. EDJ 2000/21377 y 16 nov. 2000 EDJ 2000/41076, 3 dic. 2001 EDJ 2001/44797, 18 sep. 2003 EDJ 2003/97839). Así mismo, la Sala, apoyándose en Jurisprudencia dictada la respecto, mantiene la prevalencia de la prueba pericial judicial del Juez a quo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de forma que “únicamente cabe la posibilidad de casar dicha valoración cuando el Juzgador “a quo” tergiversase ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas” (STS 28 de junio de 1999 EDJ 1999/14358 , que cita las de 13 de octubre de 1994 EDJ 1994/8450 y 20 de febrero de 1992 EDJ 1992/1580 , de semejante tenor, STS 30 de julio de 1999 EDJ 1999/19937, 11 de mayo de 1998 EDJ 1998/3972 , 21 de abril 1998 EDJ 1998/2544 , 11 de abril de 1998 EDJ 1998/2815 , 20 de marzo de 1998 EDJ 1998/2107 y 26 de septiembre de 1997 EDJ 1997/6746), en definitiva “cuando resulte evidenciada la existencia de Fallo o error deductivo, contradictor de las reglas de la sana crítica, entendiendo como tal las más elementales directrices de la lógica humana, por lo que la decisión judicial que se alcanza con un proceso deductivo equivocado se presenta atentatoria a un razonar humano conse-

cuenta (STS de 25 de junio de 1999 EDJ 1999/13396 que cita las SSTs 9 de abril de 1990 EDJ 1990/3956 , 29 de enero de 1991 EDJ 1991/802 , 28 de abril de 1993 EDJ 1993/3971 , 10 de marzo de 1994 EDJ 1994/2192 , 11 de octubre de 1994 EDJ 1994/7987 y 3 de abril de, 1995 EDJ 1995/1175 entre otras).

Tampoco admite la Audiencia el tercer motivo de apelación sobre la aplicación del baremo por violación del Real Decreto Legislativo 8/2.004 de 29 de Octubre en cuanto al cómputo separado respecto del perjuicio estético y fisiológico. Además de reconocerse su falta de vigencia cuando se produjo el daño, la Sala subraya que, a salvo de los casos de accidentes de circulación, la aplicación del referido baremo no es obligatoria, teniendo sólo carácter orientativo. Por último, se rechaza el motivo que alude a la indebida aplicación de intereses moratorios concedidos como indemnización desde la reclamación judicial. Según la Sala, es doctrina jurisprudencial que “en las reclamaciones dinerarias el pago de los intereses moratorios actúa como sanción al deudor recurrente que no resulta debidamente cumplidor, por lo que el acreedor, que de esta manera adquiere la condición de perjudicado, debe ser protegido jurídicamente desde el momento en que se le reconoce judicialmente el crédito subsistente y no satisfecho, al tiempo de su reclamación judicial y aunque se le otorgue cantidad inferior a la pedida, por desestimación de alguna partida no suficientemente probada, fijando en esa ocasión el Tribunal Supremo el término inicial para el cómputo de los intereses moratorios en la fecha de presentación de la demanda”. Al respecto, la Audiencia cita, entre otras, las STS de 27 de febrero de 1996 EDJ 1996/y STS de 27 de noviembre de 1999 EDJ 1999/36814). De este modo, la reciente STS de 15 de abril de 2005 EDJ 2005/46969) establece que “la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aunque fuere menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial”.

P.D.

SEGURO: ACCIÓN SUBROGATORIA:

Prescripción: Interpretación restrictiva. Interrupción: Deudores solidarios: La interrupción de la prescripción produce sus efectos a favor y en contra de todos los deudores solidarios. El efecto interruptivo no

puede depender de la recepción. Acción Subrogatoria: Responsabilidad del obligado: Culpa o negligencia de la Sociedad depositaria asegurada: Diligencia de un buen padre de familia: Inexistencia: Inexistencia de responsabilidad de la Compañía aseguradora demandada. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 16 junio de 2008.**

Se recurre por la Compañía de Seguros que tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con un taller donde ocurrió la sustracción del vehículo siniestrado y que fue condenada al pago de la indemnización civil como resultado del ejercicio de una acción de subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, por cantidad previamente abonada por otra Compañía de Seguros a su asegurado con el que tenía concertado un seguro a todo riesgo sobre el vehículo sustraído del taller donde se encontraba depositado y que fue posteriormente calcinado. Los motivos de apelación se basan en la prescripción de la acción, error en la apreciación de las pruebas y en la aplicación del derecho.

En cuanto a la prescripción de la acción alegada, la Audiencia desestima el motivo en base a dos argumentos fundamentales. En primer lugar, a la tendencia doctrinal y jurisprudencial de interpretación restrictiva del instituto de la prescripción (SSTS 7-7-82, 2-2-84 EDJ 1984/6987 y 6-5-85 EDJ 1985/7333 EDJ 1985/7333 EDJ 1985/7333 17.12.79 EDJ 1979/966 EDJ 1979/966 ED J 1979/966 y 15.3.94 EDJ 1994/2363 EDJ 1994/2363 EDJ 1994/2363, 26 de febrero de 2002 EDJ 2002/2570 . entre otras citadas por la Audiencia), descartándose en consecuencia, toda interpretación extensiva o flexible. En segundo lugar, a la admisión de la interrupción de la prescripción, además de alcanzar por igual a todos los deudores solidarios, como lo son los demandados, su eficacia interruptiva no puede hacerse depender de su recepción. En cuanto a los efectos de la interrupción en los casos de solidaridad, estima la Sala, que las reclamaciones extrajudiciales remitidas por telegrama con acuse de recibo aunque no fue entregada a la Compañía, si lo fueron al asegurado. Según la Audiencia, tanto el artículo 1974 del Código Civil como doctrina jurisprudencial establecen que la interrupción de la prescripción alcanza por igual a todos los deudores solidarios. A tal efecto se citan entre otras las SSTS 2 febrero 1984 EDJ 1984/6987; 12 noviembre 1986 EDJ 1986/7232. En concreto, la STS de 3 de marzo de 1998 EDJ 1998/964 EDJ 1998/964, establece que “La interrupción de la prescripción produce sus efectos a favor y en contra de todos los acreedores y deudores solidarios, regla aplicable tanto si la solidaridad se halla establecida de manera expresa como si la solidaridad tiene carácter pasivo como si la solidaridad es activa.”.

Pero aún más, la Audiencia, aplicando el criterio defendido por la mejor doctrina científica y la más reciente jurisprudencial, declara que el acto interruptivo tiene carácter recepticio, es decir, el efecto interruptivo no puede depender de la recepción, lo que supondría dejarlo al arbitrio del favorecido con la prescripción. A este respecto se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1994 EDJ 1994/9914, declara la eficacia del acto interruptivo de la prescripción, desestimándose el motivo del recurso alegando que la ausencia de recepción es debida al propio deudor y por tanto, ajena al acreedor.

Por último y en cuanto a la estimación de la acción de subrogación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, ejercitada contra la Compañía aseguradora del taller donde ocurrió el siniestro, en relación con aquellas indemnizaciones satisfechas al perjudicado por hechos comprendidos en la cobertura del seguro de responsabilidad civil, estima la Sala que para que prospere la acción, en todo caso, debe resultar acreditada la responsabilidad del obligado, la culpa o negligencia, al margen de que en los casos de solidaridad propia, como el caso enjuiciado, pueda el perjudicado dirigir su acción contra cualquiera de los obligados, no necesariamente contra el causante principal del daño. Aunque en este caso, la actora trae a juicio como demandados, tanto al causante directo del daño, como a su aseguradora.

La Audiencia estima el recurso y declara la inexistencia de responsabilidad del asegurado y por ende, de acuerdo al artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, la falta de responsabilidad de la Compañía que cubre el siniestro, demandada en virtud de la acción subrogatoria ejercitada por la Compañía que pago la indemnización.

La inexistencia de culpa de la Sociedad asegurada, taller depositario del coche siniestrado resulta acreditada. En relación con la carga de la prueba, declara la Audiencia que en el contrato de depósito rige la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al depositario probar la inexistencia de culpa por su parte, la remisión que el artículo 1766 CC hace al artículo 1183 en cuanto a la presunción de culpa del deudor en los casos de pérdida de la cosa en poder del deudor, salvo prueba en contrario, justifica tal carga probatoria.

En el caso presente, nos encontramos con un contrato de depósito gratuito por el que, uno de los dos socios, dueños del Taller, aparca en la nave su vehículo. A juicio de la Sala, la diligencia empleada ha de medirse en función del tipo de relación de que se trate. En el presente caso, tratándose de un depósito gratuito, además sin prestación de repa-

ración, la diligencia exigible no es mayor que la exigida a un buen padre de familia. Del mismo modo, alude la Sala, al requisito de la previsibilidad atendiendo a la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, como esencial para generar la responsabilidad por culpa y la consiguiente inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor. De las diligencias penales abiertas con motivo de la denuncia resulta acreditado que para acceder al taller los ladrones tuvieron que forzar la cerradura de la puerta de la parte posterior rompiendo los candados y otros dos candados en la puerta principal. Resulta probado que la Sociedad obró como un buen y diligente padre de familia para impedir el hecho causante del daño.

P.D.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

APLICACIÓN DEL FACTOR CORRECTOR DE LA TABLA V, APARTADO B, CONTENIDO EN EL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 30 de junio de 2008.

El actor demandó en primera instancia al propietario del establecimiento público “Dada” y a la Compañía de Seguros Caser, interesando la indemnización de los perjuicios personales consecuencia de su caída en el referido establecimiento por líquidos en el suelo derivados de una falta de cuidado o limpieza del mismo. La sentencia resultante, que condena a los demandados a pagar al actor la cantidad de 17895,95 €, más los intereses legales correspondientes a dicha cantidad, es recurrida en apelación por el entonces actor y ahora apelante, alegando que, “si se aplica el baremo por compensación de este tipo de perjuicios previsto para los derivados de accidentes de tráfico, tal como entendió en su demanda y acoge la Sentencia, debe contemplarse también el factor de corrección de hasta un 10% que prevé la Tabla V, apartado B, del mismo, que, sin embargo, se desestimó al no probarse la cuantía de los ingresos anuales de la víctima”.

“Respecto a la cuantificación de dichos perjuicios, la ley finalmente fijó un sistema de compensación reglado (y no meramente de equidad,

como existió hasta fechas relativamente recientes), legalmente previsto en el anexo ya expresado y que vino a matizarse por el Tribunal Constitucional (Sentencia nº 181/2000 y otras posteriores), en el sentido no tanto de excluir las compensaciones salvo prueba específica de un perjuicio (...), sino de impedir limitaciones compensatorias en casos de accidentes propiciados por culpa acreditada, no presumida: dichas previsiones legales indemnizatorias no son limitativas sino mínimas y pueden ser superiores en casos de siniestros causados “por culpa” si se prueban perjuicios superiores a las cuantías del baremo legal (...), por lo que al aplicarse (...) la compensación legal comprensiva tanto de la base como su factor corrector derivado de los ingresos económicos de la víctima, que resultan probados, no se infringe la doctrina jurisprudencial denunciada”.

“Bien sabido es que el factor de corrección, por razón de ingresos, tiene en el baremo presupuestos distintos en caso de muerte y lesiones permanentes y lesiones temporales. En los dos primeros supuestos basta para su concesión en su tramo mínimo (hasta el 10%) hallarse en edad laboral. Pero ese presupuesto es insuficiente en los supuestos de lesiones temporales. Hay que acreditar que se trabajaba (...). Ello presupone necesariamente ingresos que, al no determinarse, sólo permiten aplicar la Tabla V, apartado B, del baremo en su mínimo legal”.

En el caso que nos ocupa queda “acreditado el hecho de que se encuentra la víctima en edad laboral y que obtiene ingresos” (oficial albañil), “no siendo preciso acreditar la cuantía exacta de los mismos para tener derecho al factor corrector mínimo (hasta el 10%)”.

La Sala estima el recurso de apelación, revocando parcialmente la Sentencia apelada, incrementa la suma de la condena acordada hasta 19685,54 €, más intereses, y condena a cada parte a abonar las costas procesales, derivadas de la apelación, causadas a su instancia y las comunes por la mitad.

M.N.P.

DESAHUCIO.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. ABONO DE RENTAS IMPAGADAS. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 26 de junio de 2008.

El demandante, disconforme con la sentencia de primera instancia, que estima la excepción de falta de legitimación pasiva por no quedar acreditada la condición de arrendatarios de los demandados en el período en que se reclaman las rentas, “interpone recurso de apelación, alegando en esencia: error en la apreciación de la prueba y en la aplicación del derecho”.

Tras la revisión de las actuaciones por la Sala, “queda acreditado que los demandados han mantenido la posesión material de la vivienda desde el principio de su ocupación, resultando que, tras ser requeridos para la entrega de la llave, es evidente que a ellos les corresponde comunicar si ha habido alguna cesión, subarriendo o subrogación, estableciendo el Artículo 8 de la LAU que: *1. El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador. 2. La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador*”. Asimismo, el Artículo 11 de la LAU señala que “*en arrendamientos de duración pactada superior a cinco años, podrá el arrendatario desistir del contrato siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses*” (el propio codemandado reconoce que desde 1989 ha venido ocupando la vivienda con su esposa). “Es evidente que estamos frente a una duración superior al haber transcurrido materialmente aquélla con creces; en consecuencia, a partir de ahí se entiende renovado el arrendamiento y la mera desocupación o abandono sin preaviso ni entrega de llaves o la cesión o subrogación –siempre en este último caso que se refiera a las personas previstas legalmente susceptibles de poder ser subrogadas sin conocimiento ni consentimiento del arrendador, no puede eximirles de sus obligaciones inherentes a su condición de arrendatarios, ni por ello se entiende formalmente resuelto el contrato”.

Se estima el recurso de apelación, se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y se estima la demanda interpuesta contra los apelados –con resolución del contrato de arrendamiento respecto de la vivienda propiedad del actor-, condenando a los demandados a abonar en concepto de rentas impagadas la cantidad de 2134,52 € y demás que hubiesen podido vencer hasta el momento del dictado de la sentencia de instancia, con devengo de intereses legales desde la interpelación judicial hasta el completo pago, sin imposición de las costas causadas en la alzada pero sí de las generadas en la instancia a los demandados.

M.N.P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 21 de julio de 2008.

El actor demanda al propietario de una atracción de feria consistente en colchonetas hinchables y a Santa Lucía Seguros, S.A. por las lesiones que sufrió su hija. La sentencia de instancia desestima la acción por responsabilidad extracontractual en reclamación de cantidad y absuelve a los demandados. El actor, ahora apelante, impugna dicha sentencia sosteniendo “que las lesiones de su hija son consecuencia de la falta de diligencia del propietario de la instalación demandado y de su empleado, que no estaban atentos”.

“Para que prospere la acción por responsabilidad aquiliana de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil es imprescindible una acción u omisión culpable o negligente, que cause daño a otro, por lo que requiere un acto humano, un resultado perjudicial y una relación de causa a efecto entre ambos. En este caso faltan varios requisitos o elementos (...) pues el único probado es el resultado dañoso, ya que se han acreditado las lesiones de la hija del recurrente. En primer lugar, la instalación de colchonetas hinchables no presentaba deficiencias, y la vigilancia por su dueño y encargado no solamente no se interrumpió sino que se ejerció conjuntamente con el padre de la niña (...), que la observaban conjuntamente, por eso falta absolutamente la acción u omisión negligente imprescindibles para el éxito de la acción. En segundo lugar, falta también la relación de causa a efecto, ya que el resultado es consecuencia de la interacción de los nueve niños aproximadamente que se encontraban en la atracción, pues se ha probado que la niña se tiró por un tobogán sobre otra niña, de forma que la relación de causa a efecto se puede establecer tanto con la propia actuación de la perjudicada, como con la de la niña con la que chocó, más que con la hipotética falta de cuidado de los dos mayores que se encontraban fuera, el demandado y el demandante”.

La Sala comparte la opinión del Juzgado de Primera Instancia “sobre la asunción de un pequeño riesgo por quien contrata la atracción ferial y la existencia de caso fortuito en este supuesto”, desestima el recurso de apelación, confirma la sentencia e impone al recurrente las costas.

M.N.P.

MALTRATO FAMILIAR. PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES.

CUANTIFICACIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de julio de 2008.

La sentencia del Juzgado de lo Penal Número Uno de Ciudad Real condena al acusado “como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas y de una falta de injurias, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de un año y cuatro meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena durante el delito, así como a la prohibición de aproximarse a su ex-mujer o lugar donde se encuentre a distancia inferior a 200 metros, así como comunicarse con ella por el tiempo de dos años y seis meses por el delito y por la falta a la pena de ocho días de localización permanente y la misma prohibición por tiempo de seis meses”. Esta sentencia fue aclarada mes y medio después por auto añadiendo una indemnización a su ex-mujer por daños morales.

Contra dicha sentencia el acusado interpone recurso de apelación argumentando tres motivos: “a) error en la valoración de la prueba; b) infracción del ordenamiento jurídico; c) indebida fijación de la responsabilidad civil en lo que atañe a la existencia y cuantía del daño moral que reconoce la sentencia impugnada”.

La Sala entra en el análisis de los motivos:

En cuanto al primero de ellos, “la doctrina constitucional (...) ha sentado que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia. En igual sentido, el Tribunal Supremo ha señalado (...) que tampoco en nuestra modalidad de apelación cabe proceder a una nueva valoración de las pruebas oralmente practicadas en la primera instancia, prescindiendo del principio de inmediación. En suma, constituye principio rector de la apelación penal que el órgano “ad quem” se encuentra vinculado por la apreciación probatoria efectuada por el juez de instancia”.

Respecto al segundo de los motivos de impugnación, la Sala considera que se trata de “expresiones (...) que (...) integran el tipo de ame-

nazas” y que “dada la reiteración en que se producen, los episodios anteriores y previos acaecidos hacen que por razones cuantitativas derivadas de la frecuencia y constancia en que acaecen le otorga esa característica máxime (...)”.

El tercer y último motivo, que cuestiona la existencia y cuantía de los daños morales reconocidos a la perjudicada, es desestimado por la Sala al tener ésta en cuenta “el relato fáctico en que se sustenta la condena y las testificales practicadas en autos, así como el informe médico (...), para concluir que la situación de intranquilidad y desasosiego a que se ha visto sometida [la perjudicada] le ha ocasionado, sin duda, un daño moral que debe ser indemnizado. El hecho de ser insultada y amenazada de manera frecuente, constante y sistemática constituye una agresión a su dignidad de un modo directo y necesario. Ese daño moral derivado de lo expuesto y que ha padecido la perjudicada es notorio y palmario, sin necesidad incluso de prueba (...)”.

“La fijación de la cuantía de la indemnización de daños físicos y económicos requiere la prueba de su existencia y del montante económico que han alcanzado. Pero tales cálculos evaluatorios no son aplicables a los casos de daños morales que pueden establecerse mediante un juicio global que evalúe los criterios sociales de reparación de tal clase de daño sufrido por la víctima como consecuencia del delito, y que no tiene por qué concretarse en alteraciones psicológicas para ser indemnizado (...); o lo que es lo mismo, que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer las partes que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”.

La Sala desestima el recurso de apelación, confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal y declara de oficio las costas causadas.

M.N.P.

TERCERÍA DE DOMINIO.

LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de junio de 2008.

La parte actora demandó en juicio verbal a Promociones de Gestión Inmobiliaria, recayendo sentencia estimatoria de la demanda formulada, “y en cuya resolución (...) existía una condena en costas para dicha parte demandada, procedimiento éste del que trae causa el procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en el que se embargó la finca objeto de la presente tercería”.

“Pocos días después de recaer dicha resolución (...) se constituye la entidad mercantil Fomento Versus Coacción, S. L., ahora tercerista, constando en dicha escritura que D. (...), como Administrador Único de la mercantil Fomento de Estudios Jurídicos Económicos y Sociales, S. L., unipersonal, y (...) como Administrador Único de la mercantil Promociones de Gestión Inmobiliaria Rústica y Urbana, S. L., unipersonal, manifiesta la voluntad de ambas entidades de constituir y constituyen la Sociedad Fomento Versus Coacción, S.L., y para dicha constitución, la mercantil Promociones de Gestión Inmobiliaria Rústica y Urbana, S. L. (...) aporta a dicha nueva Sociedad, precisamente la finca objeto de la presente tercería, y la otra mercantil, un bolígrafo, valorado en un euro (...)”.

Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó auto con los siguientes pronunciamientos: “Primero.- La desestimo en su integridad [la tercería de dominio], denegando la petición de alzamiento de embargo trabado en la finca registral (...) y cancelación de la anotación preventiva de embargo, sin que esta resolución produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien litigioso. Segundo.- Condeno a la parte actora al pago de las costas de este juicio”.

La parte demandante (Fomento Versus Coacción, S. L.) interpuso recurso de apelación.

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y se transcribe la de fecha de 11 de mayo del año 2007 (RJ 2007, 3108), señala: La acción tercería de dominio (...), regulada en los artículos 1532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario –y que no lo es el demandado embargado- la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado

sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero, realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor de demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un code mandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado)".

Asimismo, "la jurisprudencia ha sido muy reiterada en el sentido de exigir, como presupuesto de la tercería de mejor derecho, que el demandante sea verdaderamente un tercero (...), es decir, una persona distinta de la embargada, que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada. Si no es tal tercero (...), no tiene sentido la tercería por faltar este esencial presupuesto".

"(...) han sido numerosas las resoluciones de Audiencias Provinciales que han negado esta cualidad de tercero a sociedades, que siendo efectivamente titulares dominicales del bien embargado, aprecian, por las circunstancias concurrentes, que las dos sociedades (demandante y demandada ejecutada) constituyen un entramado empresarial controlado por una única persona (...). Es decir, aun cuando las dos sociedades gocen de plena personalidad jurídica, a los efectos del presente proceso, si se aprecia que no existe una independencia patrimonial que permita aceptar que operan con autonomía, las respectivas personalidades no pasan de constituir una mera apariencia formal (...)".

"El Tribunal Supremo (...) ha declarado que se puede afirmar rotundamente que se dan los requisitos indispensables para aplicar la técnica del levantamiento del velo, que se utiliza para averiguar el sustrato real de la personalidad jurídica tratando de superar una manipulación financiera para que triunfe la realidad en el derecho y en la justicia, y con la finalidad de evitar el abuso del derecho, la mala fe o el fraude, y cuya base legal se encuentra en los artículos 6-4 y 7-1 y 2 del Código Civil (...). Y así se puede afirmar que tales datos fácticos son absolutamente subsumibles en tal técnica, ya que los mismos suponen una simulación de la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato burlando los derechos de un tercero (...). Se recoge la doctrina reiterada sobre "el levantamiento del velo" que proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de Ley, o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos; (...) posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia.

Es evidente que “la única aportación real de capital a la nueva sociedad la efectuó la mercantil Promociones de Gestión Inmobiliaria Rústica y Urbana, con lo cual, queda meridianamente claro que la nueva sociedad (...) es sucesora de la antigua sociedad, condenada en anterior procedimiento y parte ejecutada, con lo cual, nunca puede ser considerada tercero al objeto del presente procedimiento”.

La Sala desestima el recurso de apelación e impone las costas de esta alzada a la parte apelante.

M.N.P.

NOTAS DE ACTUALIDAD

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. IX EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 12 al 29 de enero de 2009

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la IX Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La IX Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 12 al 29 de enero de 2009, 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:

-Nuevas perspectivas del Derecho Ambiental: globalización, sostenibilidad, reparación integral, horizontalidad de políticas, técnicas regulatorias

- Propiedad intelectual
- Justicia Constitucional y Garantías Electorales: los derechos políticos y su protección constitucional
- Gestión tributaria: nuevos desafíos en la aplicación de los tributos.
- Derecho Penal Económico y criminalidad organizada
- Mediación
- El modelo social europeo: problemáticas de la ciudadanía social y de la regulación del trabajo en la Unión Europea
- Constitucionalismo y Garantismo.

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351/ 680 222319