

Revista Jurídica

Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

LA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES.

MARÍA LUISA CUENCA BURGOS

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEO EN CASTILLA-LA MANCHA.

M^ª ENCARNACIÓN GIL PÉREZ

LA NUBE DE CENIZA VOLCÁNICA O LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR RETRASO Y CANCELACIÓN DE VUELO.

KAROLINA LYCZKOWSKA

LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE RECURSOS Y SU INCIDENCIA EN CASTILLA-LA MANCHA.

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

SOBRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

LUIS PRIETO SANCHIS

COMENTARIO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO – MODIFICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29-12-2004, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES- Y SU AFECTACIÓN A LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO –LCSP-.

JESÚS PUNZÓN MORALEDA Y FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERATIVAS DE CASTILLA-LA MANCHA

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE REVISIÓN DE OFICIO INSTRUIDO POR EL AYUNTAMIENTO DE W, EN RELACIÓN A LOS DECRETOS DE LA ALCALDÍA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2005 Y DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2006 POR LOS QUE, RESPECTIVAMENTE, SE EXIMIA A D. X. DE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA PROVISIÓN, POR EL SISTEMA DE CONCURSO-OPOSICIÓN, DE DOS PLAZAS DE OFICIAL DE POLICIA LOCAL Y SE LE NOMBRABA FUNCIONARIO EN PRÁCTICAS AL SERVICIO DE LA CORPORACIÓN MUNICIPAL

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. PEDRO JOSÉ CARRASCO PARRILLA. MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA. GRACIA M^ª LUCHENA MOZO. PRADO MONTOYA LÓPEZ. SATURNINA MORENO GONZÁLEZ. GEMMA PATÓN GARCÍA. ESTHER SÁNCHEZ LÓPEZ. JOSÉ ALBERTO SANZ DÍAZ-PALACIOS.

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA.

CALISTO DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ Y M.^ª NIEVES PADHECO JIMÉNEZ

NOTAS DE ACTUALIDAD

XI EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. TOLEDO, 10 A 27 DE ENERO DE 2011

49

DICIEMBRE
2010



Castilla-La Mancha

CONSEJO ASESOR

Vicente Manuel Rouco Rodríguez
*Presidente del Tribunal Superior de Justicia
de Castilla-La Mancha*

Eduardo Salinas Verdeguer
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Albacete*

José M^a. Torres Fernández de Sevilla
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Ciudad Real*

Antonio Díaz Delgado
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Cuenca*

Isabel Serrano Frías
*Presidenta de la Audiencia
Provincial de Guadalajara*

Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Toledo*

DIRECTOR

Angel Francisco Carrasco Perera
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La Mancha*

SECRETARIO

Luis María Romero Flor
*Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario
en la Universidad de Castilla-La Mancha*

PRESIDENCIA DE HONOR

Santiago Moreno González
*Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Ernesto Martínez Ataz
*Excmo. Mágfco. Sr. Rector de la Universidad de
Castilla-La Mancha*

CONSEJO DE DIRECCION

José Sanroma Aldea
*Presidente del Consejo Consultivo de
Castilla-La Mancha*

Francisco Calvo Cirujano
Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Sonia Lozano Sabroso
*Secretaria General de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Salvador Jiménez Ibáñez
*Consejero del Consejo Consultivo de
Castilla-La Mancha*

Agustín Díez Moreno
*Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de
Castilla-La Mancha*

M^a Victoria Martín Méndez
*Jefa de Servicio del DOCM de la
Consejería de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Pedro José Carrasco Parrilla

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario en la
Universidad de Castilla-La Mancha*

Miguel Angel Collado Yurrita

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la
Universidad de Castilla-La Mancha*

Angel Francisco Carrasco Perera

*Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de
Castilla-La Mancha*

Eduardo Espín Templado

*Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

Nicolás García Rivas

*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de
Castilla-La Mancha*

Luis Ortega Alvarez

*Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

Luis Prieto Sanchís

*Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

José Antonio Garvía Pastor

*Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad
de Castilla-La Mancha*

Miguel Angel Jiménez Barbero

*Director del Servicio de Estudios Registrales de
Castilla-La Mancha*



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 49 - diciembre - 2010

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 Presidencia y 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

LA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES.
María Luisa Cuenca Burgos 9

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEO EN CASTILLA-LA MANCHA.
M^a Encarnación Gil Pérez. 39

LA NUBE DE CENIZA VOLCÁNICA O LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR RETRASO Y CANCELACIÓN DE VUELO.
Karolina Lyczkowska. 69

LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE RECURSOS Y SU INCIDENCIA EN CASTILLA-LA MANCHA.
José Antonio Moreno Molina 97

SOBRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. *Luis Prieto Sanchis* 125

COMENTARIO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO – MODIFICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29-12-2004, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES- Y SU AFECTACIÓN A LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO –LCSP-.
Jesús Punzón Moraleda y Francisco Sánchez Rodríguez. 151

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERATIVAS DE CASTILLA-LA MANCHA. 191

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE REVISIÓN DE OFICIO INSTRUIDO POR EL AYUNTAMIENTO DE W, EN RELACIÓN A LOS DECRETOS DE LA ALCALDÍA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2005 Y DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2006 POR LOS QUE, RESPECTIVAMENTE, SE EXIMIA A D. X. DE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA PROVISIÓN, POR EL SISTEMA DE CONCURSO-OPOSICIÓN, DE DOS PLAZAS DE OFICIAL DE POLICIA LOCAL Y SE LE NOMBRABA FUNCIONARIO EN PRÁCTICAS AL SERVICIO DE LA CORPORACIÓN MUNICIPAL. 235

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. *Pedro José Carrasco Parrilla. Miguel Ángel Collado Yurrita. Gracia M^a Luchena Mozo. Prado Montoya López. Saturnina Moreno González. Gemma Patón García. Esther Sánchez López. José Alberto Sanz Díaz-Palacios. 267*

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. *Calisto Díaz-Regañón García-Alcalá y M.^a Nieves Pacheco Jiménez. 325*

NOTAS DE ACTUALIDAD

XI EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 10 a 27 de enero de 2011. 361

ESTUDIOS

LA NUEVA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES

María Luisa Cuenca Burgos
Secretaria Judicial

1) INTRODUCCION

El cambio tan esperado ha comenzado. La Ley 13/2009 de Reforma de las leyes procesales para la implantación de la nueva oficina judicial así como la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la anterior que ha entrado en vigor el 4 de mayo del presente año 2010 han supuesto un hito histórico en lo que respecta a la nueva distribución de competencias entre Jueces y Tribunales y los Secretarios Judiciales.

Pocas veces ha experimentado nuestro sistema judicial un vuelco tan radical como el que estamos experimentando con la nueva organización de la oficina judicial. Se hacía necesario que la Justicia diera una respuesta más rápida y eficaz a los problemas planteados por los ciudadanos. Ya no bastaba con las buenas ideas recogidas en el Libro Blanco de la Justicia (1977)¹ que fue el primer texto legal en el que se hizo hincapié en la necesidad de una reforma de la oficina judicial, sino que había que pasar a la verdadera instauración de un nuevo modelo basado en principios organizativos más ágiles, modernos y eficaces. Por ello se convierten ahora en responsables de ese cambio todos los que de alguna manera participan en la Justicia. Y aunque no es menos cierto que el mayor protagonismo lo tienen ahora los Secretarios Judiciales no debemos olvidar que el derecho del ciudadano a una justicia moderna y de calidad es lo que orienta en última instancia esta reforma.

Se impone ahora el reparto de competencias entre el Juez y el Secretario. Este ha dejado de ser una figura aislada y residual para llegar a convertirse en el verdadero motor del cambio. Se hace preciso así diferenciar entre las labores propiamente jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) de ámbito competencial exclusivo del Juez y las organizativas o administrativas de competencia del Secretario.

La Ley 13/2009 establece un nuevo modelo organizativo distinguiendo entre proceso y procedimiento, entre controversia y trámites. Los niveles de responsabilidad entre Juez y Secretario se distribuyen y redefinen. Al Juez se le encomiendan tareas relacionadas con:

- El Proceso
- La Jurisdicción
- Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD)

Y al Secretario aquellas más vinculadas con:

- El Procedimiento
- La tramitación
- Tareas organizativas
- Tareas de dirección del personal
- Servicios comunes procesales

La actual reforma procesal constituye un hito histórico que va a marcar un antes y un después en la Justicia y conviene estar preparados para el cambio.

Recordando la clásica expresión latina “facta non verba” con el despliegue de la “oficina Judicial” debemos pasar de las palabras a los hechos, de los deseos a las realidades, de lo virtual a lo real³ para construir entre todos una justicia más ágil y de mayor calidad que responda de forma eficaz a los nuevos retos planteados en este siglo XXI. Y aunque suele ser difícil dar el primer paso, lo hemos dado y como dijo Eckermann, “no basta dar pasos que puedan conducir hasta la meta; sino que cada paso sea una meta, sin dejar de ser un paso”⁴.

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil aunque supuso un gran cambio en la Justicia Española, solo afectó a los Jueces pero no modificó la forma de trabajar en los Juzgados y Tribunales, que siguieron funcionando conforme marcaba el titular del órgano que tomaba decisiones autónomamente sin criterios homogéneos ni confrontados con el resto de los órganos judiciales y con fórmulas de trabajo poco eficaces y decisionónicas basadas en la fórmula de que cada maestrillo tiene su librillo. Los métodos de trabajo y de archivo de la información eran arcaicos y hubo de esperar a los años noventa para poder contar con una Administración de Justicia informatizada.

El 28 de mayo del año 2001 se firma el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. El objetivo es claro: diseñar una nueva oficina judicial que diferencie entre servicios de apoyo directo con atención especializada a cada órgano judicial regentado por Jueces y Servicios comunes o compartidos a cargo de Secretarios Judiciales en atención a su capacidad y formación que descarguen al Juez de lo que no son sus labores propiamente jurisdiccionales. La intención fue buena pero tuvieron que pasar más de dos años para que por Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ se establecieran las bases legales para la futura reforma de la oficina judicial. En esta Ley cada Administración tiene libertad para decidir el cuando y el cómo se realiza el despliegue de la oficina judicial en su ámbito territorial. Cf: arts. 436- 3º, 471 , Disposición Transitoria cuarta y transitoria decimoquinta LOPJ. Solo se estableció un imperativo y era que cada Administración dispondría de un plazo de 15 meses a partir de la entrada en vigor de la LO 19/2003 para elaborar y aprobar las relaciones de puestos de trabajo de sus funcionarios.

Lástima que los principios básicos en torno a los que se diseñó, tales como agilidad, eficiencia, calidad, responsabilidad por la gestión, transparencia, uso de nuevas tecnologías, etc. no dieran los frutos deseados. La inercia, la falta de concreción de las competencias entre Jueces y Secretarios, la mala gestión, el incremento de la conflictividad⁵, los sistemas informáticos obsoletos y la desconfianza de los poderes públicos⁶ hicieron sombra a un proyecto que buscó nuevas formulas organizativas y que creó las bases de los futuros servicios comunes procesales para ajustar las competencias del Juez y del Secretario Judicial a los nuevos mandatos orgánicos. A tal fin, durante el año 2005 se dictan diversos decretos por los que se aprueban el Reglamento de Régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia (RD 796/2005 de 1 de julio), Reglamento de ingreso y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia (RD 1451/2005 de 7 de diciembre) y Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (RD 1608/2005 de 30 de diciembre). Esta nueva normativa estatutaria se diseña para el nuevo modelo de oficina judicial a implantar en un futuro próximo.

Las bases programáticas y los principios rectores de la Ley Orgánica 19/2003 necesitaban ser desarrolladas por normas posteriores. En el mes de mayo de 2005 el Ministerio de Justicia presentó el “Plan de Implantación de la nueva oficina judicial en el ámbito competencial que le corresponde”. Es decir el Ministerio de Justicia como órgano gubernativo central tiene una serie de competencias centralizadas que deben

ser ejercidas para establecer unos “mínimos” criterios de desarrollo por los que se deban regir las distintas Administraciones Autonómicas, y a tal fin se establecen las dotaciones básicas de las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPADS) que pueden ser mejoradas por las Administraciones competentes. El Ministerio de Justicia también se encuentra en la obligación legal de impulsar el despliegue de la oficina judicial en su ámbito territorial, siendo el estandarte y pionero en este reto. A tal fin se establecieron fases sucesivas para el despliegue de la nueva oficina judicial en los distintos partidos judiciales.

Posteriores Proyectos y Ordenes Ministeriales han creado los pilares sobre los que se asienta la implantación de la nueva oficina judicial que se pretende esté totalmente informatizada por medio del programa Lexnet, proyecto Infored y el Modulo de Intercambio genérico que permitirá la comunicación telemática de las distintas unidades de la oficina judicial o de varias oficinas judiciales entre sí y posibilitará la firma electrónica de las resoluciones judiciales. Así las cosas a lo largo del año 2006 se elaboró un “Proyecto de Orden ministerial por la que se regula la estructura de la nueva oficina judicial y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de la primera fase de la implantación de la misma. Esta orden tiene por objeto el desarrollo de las UPADS, los Servicios comunes procesales y aprobar las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPTS) que han sido publicadas en el BOE el dos de julio del presente año.

Siguiendo en esta línea nos encontramos con la orden Jus/52/2007 de 19 enero por la que se crea la Comisión de la implantación de la nueva oficina judicial, que es la que impulsará las competencias del Ministerio de Justicia en esta materia en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas. Por su parte el RD 1125/2008 de 4 de Julio sienta las bases de la futura estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Así las cosas, se dicta la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial por la que se modifica la LO 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial que ha entrado en vigor el 4 de mayo del presente año.

Merece también la pena destacar el plan estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009 – 2012 que agrupa el conjunto de reformas normativas, cambios organizativos y mejoras tecnológicas a desarrollar por el Ministerio durante estos años.

Todas estas reformas tienen una serie de objetivos consistentes básicamente 7 en :

1) Sensibilización a los agentes implicados, concienciándolos sobre el alcance y necesidad del cambio, generando en ellos una aptitud de apoyo.

2) Coordinación de las actuaciones, necesidades, cambios e información necesarias para la implantación de las oficinas judiciales.

3) Comunicación de los cambios a la ciudadanía, funcionarios judiciales y colectivos profesionales que trabajan al servicio o en colaboración con la administración de justicia por medio de diversos sistemas informáticos y audiovisuales.

4) Formación de todos los profesionales que van a trabajar en el marco de la nueva oficina judicial. Este objetivo ha marcado un hito histórico al haberse formado alrededor de 13.000 funcionarios (secretarios judiciales de todo el territorio nacional y funcionarios judiciales de territorios no transferidos)

2) DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y EL SECRETARIO JUDICIAL EN CUANTO A LA ADMISION A TRAMITE DE LA DEMANDA :

Con carácter general se atribuye ahora al Secretario Judicial tanto la admisión de la demanda que da origen al proceso judicial, como la terminación del mismo siempre y cuando, en este último caso, no exista contradicción de una o de las dos partes en cuyo caso sería el Juez o Tribunal el encargado de resolver dicha oposición . Se dice que ello es así dada la transcendencia que la inadmisión de la demanda o la terminación del proceso tendría impacto en el derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia. Por ello cuando el Secretario judicial, conforme a lo previsto en el art. 404 LEC, estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o cuando la demanda adolezca de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello, el Secretario Judicial debe abstenerse de admitir a trámite la demanda, dando cuenta al tribunal, para que sea éste quien resuelva lo procedente sobre la admisión o no de la misma por medio de auto. Se mantiene

además la posibilidad de que el Juez examine de oficio en cualquier momento los presupuestos procesales de su intervención.

Vistas así las cosas quedan claramente delimitadas las competencias tanto del Juez o tribunal como de los Secretarios Judiciales. Los Jueces y tribunales se encargarían de las tareas puramente jurisdiccionales y los Secretarios Judiciales de las tareas administrativas y organizativas y todo ello con la finalidad de garantizar el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

El ciudadano tiene derecho a una justicia ágil, eficaz que dé una rápida respuesta a sus peticiones, una justicia que no se atasque en ningún nivel de la cadena sino que fluya armoniosamente sin derivaciones. La actual reforma instaura una atribución por escalas de la competencia: si la decisión es importante y se supone que pueda restringir algún derecho se atribuye al Juez o Tribunal, más no se puede desaprovechar una figura como el Secretario Judicial que está también plenamente capacitado para resolver cualquier conflicto que se le plantee desde el inicio hasta el final del mismo en cualquier caso, haya o no acuerdo de las partes. Lo contrario, aun acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, podría suponer en algunos casos paralizar el necesario discurrir del proceso pasando la decisión sobre la continuación o no del mismo de un operador jurídico a otro, que aunque investido del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado podría examinar por medio de los recursos legales pertinentes la inadmisión o no de la demanda como se hace en otros casos y así la ley lo permite.

Centrándonos en las concretas competencias atribuidas por esta reforma 13/2009 al Secretario Judicial en lo concerniente al procedimiento para la admisión a trámite de la demanda se observa que éste debe examinar :

- Si aprecia falta de jurisdicción o de competencia objetiva o territorial del órgano judicial
- En relación a las partes, su legitimación y capacidad procesal, así como si se cumplen los requisitos de postulación procesal.
- Si procede, en su caso, la acumulación de acciones
- El examen de la cuantía de la demanda
- El control de la materia a que se refiere la demanda
- La presentación de la tasa judicial

En todo caso, la decisión tomada por el Secretario Judicial sobre el control de los requisitos de admisibilidad de la demanda puede ser excepcionada por las partes ante el Juez o Tribunal si no están conformes con el análisis jurídico efectuado por el Secretario Judicial. Es deseable que así ocurra en un Estado de derecho como el nuestro, pero ¿no podría haberse instaurado el mismo sistema en el caso de que el Secretario decidiera la inadmisión de la demanda por falta del cumplimiento de los requisitos formales que señala la ley? Seguimos los Secretarios Judiciales, aún habiendo dado un paso de gigante en esta reforma, con el sistema paternalista tradicional de ser tutelados por el Juez ¿No hubiera sido mas eficaz para el ciudadano que quiere resolver prontamente su problema que esta reforma nos hubiera dado la resolución si no completa, si vinculante, en el tramo a nosotros atribuido, con la plena garantía del ciudadano que no esté conforme con nuestras resoluciones de recurrir ante el juez en ese caso?

2.1.) ANALISIS DE LOS REQUISITOS DEL ORGANO JUDICIAL: LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA

Tradicionalmente la decisión sobre la jurisdicción y la competencia del órgano jurisdiccional se atribuía al titular del mismo que, en el momento previo a la admisión de la demanda, resolvía de manera expresa o implícitamente sobre estas cuestiones. Sin embargo, con la reforma de la legislación procesal y conforme a lo previsto en la nueva regulación del artículo 404 de la LEC, es ahora el Secretario Judicial quien al examinar la demanda debe analizar estas circunstancias y, si considera sometible el asunto a los tribunales y estima competente al órgano al que se dirige la demanda, siempre y cuando se cumplan el resto de los requisitos previstos en la ley, resolverá sobre su admisión por medio de decreto, que es una resolución jurídica nueva en nuestro derecho, atribuible solo al Secretario Judicial y que, al igual que un auto, consta de hechos y fundamentos de derecho que sustenten la decisión tomada.

Esta tarea nos ha sido atribuida ahora por la reforma, sin embargo ya la realizábamos, en la mayoría de los casos con anterioridad. Por eso su reconocimiento actual no hace sino instaurar legalmente un sistema que ya de funcionaba “de facto” en los juzgados, una veces por razones de economía procesal, otras por pura división de tareas entre el Juez o Tribunal y el Secretario Judicial ante el incremento notable de la litigiosidad.

2.2.) ANALISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACION , CAPACIDAD Y POSTULACION

Como ya he señalado, al admitir a trámite la demanda, según el nuevo ordenamiento procesal, será el Secretario Judicial quien analice también el cumplimiento por las partes de los requisitos de legitimación, capacidad y postulación.

A) LEGITIMACION: SUPUESTOS DE SUCESION PROCE-SAL Y DE INTERVENCION DE UN TERCERO EN EL PROCESO

Otros requisitos de admisibilidad de la demanda a examinar ahora por el Secretario Judicial son los de la legitimación, tanto activa como pasiva y la capacidad procesal de las partes para actuar en un proceso.

A.1.) Supuestos de Sucesión procesal

Con carácter general, sólo pueden intervenir en juicio y actuar en él como parte legítima quienes sean titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Sin embargo existen situaciones en las que la titularidad de ese derecho se adquiere de forma sobrevenida, ya iniciado un proceso. Son los supuestos de sucesión procesal, que pueden deberse tanto a la transmisión del objeto litigioso inter vivos como a la sucesión procesal por muerte. Supuestos ambos en los que ha habido modificaciones tras la reciente reforma de las leyes procesales que señalan con respecto al primero de los supuestos que, conforme a lo previsto en el art. 17 LEC, sea el Secretario (antes era el Juez) el que dicte diligencia de ordenación acordando la suspensión de las actuaciones otorgando un plazo de 10 días a la parte frente a la que se alega la sucesión procesal para que manifieste lo que a su derecho convenga. Si ésta no se opone dentro de dicho plazo se alzarán la suspensión mediante decreto del Secretario Judicial acordando la sucesión procesal, acordándose en caso contrario por auto del Juez o Tribunal competente lo que se estime procedente.

En el supuesto de sucesión procesal por muerte, regulada en el artículo 16 LEC pueden distinguirse dos supuestos:

1) Comunicación de la defunción y personación de los herederos

Si los herederos se personan, acreditando la defunción del litigante y su título sucesorio, previo traslado a las demás partes con suspensión del proceso, el Secretario Judicial tendrá por personados a los herederos en la misma posición del litigante difunto.

2) Comunicación de la defunción sin personación de los herederos

Cuando el Tribunal tiene conocimiento de la defunción del litigante por medios distintos y sin que se personen sus herederos, el Secretario Judicial dará traslado a las demás partes, con suspensión del proceso, para que puedan interesar la notificación del procedimiento a sus herederos, con identificación de los mismos, así como de su domicilio para que puedan personarse en el término de diez días. A este respecto caben dos posibilidades:

- Si los herederos son conocidos y se personan, acreditando su título sucesorio, el Secretario Judicial les tendrá por personados en la misma posición del litigante difunto.

- Si los herederos son conocidos y no se personan, o si resultan desconocidos o no pueden ser localizados, el proceso sigue adelante distinguiéndose, a su vez, dos casos:

- a) Si el fallecido era el demandante, el Secretario Judicial dictará decreto teniéndolo por desistido y acordando el archivo del proceso salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso el Juez resolverá lo que estime oportuno⁸. El Secretario Judicial también puede tener por renunciado al demandante a la acción si la no personación de los sucesores se debió a que no querían comparecer en el proceso.

- b) Si el fallecido era el demandado, el Secretario Judicial lo declarará en situación procesal de rebeldía por medio de diligencia de ordenación.

A.2. Intervención de terceros en el proceso

La intervención procesal de terceros, no inicialmente demandantes o demandados ha de ser resuelta por medio de auto del Juez o Tribunal, por lo que no ha cambiado tras la reforma. Puede tener lugar a través de dos instituciones principalmente:

A.2.1. LA INTERVENCION ADHESIVA

Se regula en el artículo 13 LEC, en la que el tercero defiende un interés legítimo y propio, pero a través de un derecho ajeno y compatible con el de otra de las partes, por lo que la sentencia que se dictare aunque no tendría un efecto directo sobre el tercero si le vincularía la cosa juzgada en él.

A.2.2. LA INTERVENCION PROVOCADA O FORZOSA

Se regula en el artículo 14 LEC y supone la intervención de un tercero que es llamado por el demandante o por el demandado para que participe en el proceso sin la cualidad de demandado pero con las mismas facultades que la ley concede a las partes.

B) POSTULACION PROCESAL

La postulación procesal se podría definir como la necesidad establecida legalmente en un determinado proceso de acudir representado y defendido por un procurador y un abogado, respectivamente. En el artículo 23 LEC se contemplan los procesos y actuaciones en que los litigantes están exentos de comparecer por medio de estos profesionales de quienes, tras la reforma, se dice también que tipo de actuaciones procesales están facultados a realizar sin necesidad de abogado, si bien precisando que “al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna”. El apoderamiento de la parte a su Procurador podía realizarse por medio de escritura notarial o por comparecencia “apud acta” en el juzgado ante el Secretario Judicial. La novedad que se introduce ahora es que el otorgamiento “apud acta” puede realizarse ante el Secretario Judicial de cualquier “oficina judicial” y no solo ante el que estuviere conociendo del asunto (como sucedía antes de la reforma). Otra novedad es que no será necesario que al acto concurra el Procurador, que puede comparecer y aceptar el cargo en otro momento.

Por lo que se refiere a la Justicia gratuita, como novedad que se incorpora al art. 33 LEC, si la petición se manifiesta por el demandado, deberá formularla en el plazo de los tres días siguientes a recibir la cédula de emplazamiento o citación.

2.3) ACUMULACION DE ACCIONES

Los arts. 71 y 72 de la LEC prevén la regulación y los supuestos de acumulación objetiva y subjetiva de acciones. Según el art. 71 de la LEC el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competen contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí. Compete al Secretario Judicial verificar la concurrencia de los requisitos procesales establecidos en el artículo 73 LEC que son:

- Que el juzgado que vaya a conocer del proceso tenga Jurisdicción y competencia objetiva por razón de la cuantía y de la materia para conocer también de las acciones acumuladas.

- Que los juicios por los que deban sustanciarse dichas acciones acumuladas sean del mismo tipo, homogéneos o de la misma naturaleza pudiendo distinguirse:

- Pueden acumularse las acciones que deban ventilarse por razón de la cuantía en un Juicio verbal a las de un juicio ordinario, pero no al revés

- No pueden acumularse a un juicio ordinario pretensiones que deban ventilarse por razón de la materia en juicios de diferente tipo- juicios verbales por razón de la materia o especiales

- Que la ley no prohíba la acumulación en razón de su materia o por razón del tipo de juicio a seguir.

Si el actor se propone acumular indebidamente varias acciones deberá el Secretario Judicial antes de admitir la demanda requerir al actor para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible y no subsanarse o mantenerse la no acumulabilidad dará cuenta al Juez o Magistrados para que resuelvan sobre la admisión de la demanda.

2.4) CUANTIA DE LA DEMANDA

El nuevo artículo 249.2. señala que el ámbito del juicio ordinario se aplicará a las demandas cuya cuantía exceda de 6000 euros a diferencia de la anterior regulación que lo aplicaba a aquellas cuya cuantía excediera de 3000 euros.

Por su parte, el nuevo artículo 250.2 establece que el ámbito de aplicación del juicio verbal se extiende a todas aquellas demandas cuya cuantía no exceda de los 6000 euros.

La no fijación de la misma en la demanda se considera un requisito subsanable, debiendo el Secretario Judicial acordar por diligencia de ordenación el requerimiento al actor para su subsanación. También cabe un cierto control de oficio de la cuantía de la demanda cuando afecte a la clase de juicio elegido, previéndose que el Secretario Judicial pueda acordar dar a los autos la tramitación del juicio ordinario en caso de que se haya promovido juicio verbal si considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable⁹.

2.5) EXAMEN DE LA MATERIA DE LA DEMANDA

El Secretario Judicial dará la tramitación que corresponda al proceso en caso de que el juicio elegido por el actor no corresponda al valor o la materia indicada por el mismo en su demanda, siendo la diligencia de ordenación del Secretario judicial por la que se acuerde directamente recurrible en revisión ante el Juez o Tribunal sin efectos suspensivos.

Cuando el actor se limitara a indicar, sin más precisiones, el tipo de juicio que corresponde o tras apreciarse mediante diligencia de ordenación del Secretario que la cuantía es incorrecta para el tipo de juicio elegido y no existieren suficientes elementos para determinarla se otorgará por el Secretario Judicial un plazo de 10 días para subsanarla. De la lectura del artículo 254.4 de la LEC se ha de entender que la elevación al tribunal únicamente tendrá lugar si no se subsanare el defecto advertido, no cuando haya sido subsanado, otra interpretación resultaría ilógica.

En este supuesto el Secretario Judicial realiza en cierta medida una labor jurisdiccional al decidir sobre el tipo de juicio que corresponde por razón de la materia o de la cuantía, y ya no se limita su tarea solo a un control de los requisitos formales de la demanda sino que abarca un control también material de la misma, variando el tipo de juicio solicitado inicialmente por la parte, lo que puede no ser acorde con las pretensiones de las mismas. Con el objetivo de paliar la “ indefensión “ que puedan llegar a sufrir las partes ante esta situación la ley ha previsto el recurso de revisión ante el Juez o Magistrado. Lástima que esta forma de proceder no se le haya atribuido al Secretario en otros supuestos, lo que hubiera supuesto un mayor aprovechamiento de los conocimientos jurídicos de éste y hubiera beneficiado tanto al justiciable como al órgano jurisdiccional que se vería descargado de trabajo.

2.6) TASA JUDICIAL

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden social, estableció el pago de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo.

La tasa, aun cuando el resultado de la liquidación resulte negativo, debe presentarse junto con la demanda cuando el actor sea Persona Jurídica, en toda clase de juicios declarativos, ordinarios y especiales, a excepción del juicio monitorio, así como en la ejecución de títulos no judiciales.

En caso de no acompañarse la tasa, el Secretario Judicial requerirá por diligencia de ordenación al interesado para que en el término de diez días lo subsane y ello con el apercibimiento de que, de no verificarlo, no se dará curso a la demanda y se archivarán los autos.

3) DILIGENCIAS PRELIMINARES

Se entiende por Diligencias preliminares aquellas conducentes a la preparación de un juicio en las que se solicita del Tribunal que aquella persona contra la que se dirigiría un juicio declare sobre algún hecho que le solicita la otra parte o bien exhiba los documentos o las cosas conforme a lo señalado en el artículo 256 y sig. de la LEC.

La novedad de la reforma consiste en el examen y control por el Secretario de la prestación de la caución fijada por el Juez o Tribunal en el auto en el que se concedan las diligencias, procediéndose al archivo definitivo de las mismas por medio de decreto del secretario Judicial en caso de no efectuarlo (antes de la reforma era el Juez o Tribunal el que ordenaba el archivo por medio de auto).

4) PRUEBA

La regla general (artículo 289 LEC) señala que se llevarán a cabo ante el Secretario Judicial aquéllas referidas principalmente a presentación de documentos, cotejo de letras, así como ratificación de dictámenes periciales, siempre que tengan lugar fuera de la vista o bien el Secretario no estuviere presente en el acto de la misma. Hay que recordar a este respecto que el artículo 147 LEC autoriza el llamamiento del Secretario Judicial cuando se trate de un asunto complejo, o bien la cantidad o envergadura de las pruebas a practicar, así como otras circunstancias excepcionales aconsejen su presencia.

Hay que destacar en materia de prueba las especialidades que se establecen con respecto a los beneficiarios del derecho de asistencia juri-

dica gratuita. El artículo 339.1 y 2 señala que si cualquiera de las partes fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, de los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito. En el caso de juicios verbales en trámite de contestación escrita, el demandado beneficiario de justicia gratuita deberá solicitar la designación judicial de perito al menos con diez días de antelación al señalado para la vista, a fin de que el perito pueda emitir su informe con anterioridad a dicho acto.

Otra de las novedades introducidas por la reforma en los artículos 342.1 y 2 en relación con el artículo 342.3. consiste en atribuir al Secretario la competencia para el llamamiento del perito judicial designado por el Tribunal, así como su nombramiento, aceptación del cargo y su posible sustitución en caso de concurrir justa causa. Por otra parte la idoneidad de la provisión de fondos solicitada por el perito judicial compete también al Secretario Judicial que lo declarará mediante Decreto.

En lo referente a la indemnización de los testigos (artículo 375.1.2) ha habido también cambios significativos en la reforma de la normativa procesal, siendo actualmente el Secretario el que fija la cuantía de la misma por Decreto, una vez finalizado el juicio o la vista y teniendo en cuenta los datos y circunstancias que le hayan sido aportados. A esta indemnización tendrán derecho todos los testigos comparecidos, estableciéndose como novedad por la reforma, con independencia de que hayan o no depuesto. También se establece como ya preveía la norma, que si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio.

5) SEÑALAMIENTO DE JUICIOS

Normalmente era el Juez o Tribunal el que señalaba los días de juicio y distribuía las materias y cantidad de los mismos lo que provocaba que unos Juzgados señalaran más días o más juicios que otros. Con la reforma actual se trata de buscar criterios más uniformes y eficaces al objeto de lograr una Justicia más homogénea y eficaz para todos. Una

Justicia en la que el ritmo de trabajo y por tanto de señalamientos de juicios sea lo mas igualitario entre unos Juzgados y otros y aunque se podria argumentar en contra que es el Juez o tribunal el que tiene que juzgar y el que conoce verdaderamente la envergadura de cada asunto, la actual reforma ha asignado al Secretario judicial el señalamiento de los juicios que no pudieren ser señalados en el acto de la Audiencia previa, juicio o vista ahora bien estos señalamientos deben ajustarse a lo dispuesto en el articulo 182 LEC en cuanto a que serán los Titulares de los organos unipersonales y los Presidentes de sala o sección en los Tribunales colegiados los que fijaran los criterios generales y darán las concretas y especificas instrucciones con arreglo a los cuales se realizará el señalamiento de las vistas o trámites equivalentes. Espero que por el bien de los justiciables se pueda llegar a un consenso al objeto de evitar posibles fricciones entre los Jueces y Tribunales por un lado y el Secretario Judicial por otro.

6) HABILITACION DE DIAS Y HORAS INHABILES

La posibilidad de habilitar dias y horas para las actuaciones judiciales que se declaren urgentes se recoge en los articulos 182.2, 183 y 184.2 LOPJ. Normalmente esta habilitación se acordaba por resolución del Juez o Tribunal. Ahora también y sin excluir aquella el Secretario Judicial puede por decreto habilitar dias y horas cuando se trate de actuaciones procesales “en materias de su exclusiva competencia u ordenadas por ellos, o cuando fueran tendentes a dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por los Tribunales” . A la vista de lo anterior puede afirmarse que en la mayoría de los casos y especialmente en materia de actos de comunicación, corresponderá al Secretario Judicial la habilitación de dias y horas inhábiles.

7) IMPRORROGABILIDAD DE LOS PLAZOS

Como regla general, los plazos establecidos en la Ley son improrrogables y solo pueden ser interrumpidos en casos de fuerza mayor

que impida su cumplimiento, lo que se apreciará ahora por el Secretario Judicial por medio de Decreto, a instancia de parte y previa audiencia de las demás partes.

La apreciación de la fuerza mayor interruptiva del transcurso de los plazos, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, deberá valorarse siempre con carácter excepcional, reanudándose el cómputo tan pronto haya cesado la causa determinante de la interrupción o demora.

8). MEDIDAS CAUTELARES

La decisión sobre la adopción de las medidas cautelares previa audiencia del demandado o incluso “inaudita parte” corresponde al Juez o Tribunal. Si el solicitante de las medidas cautelares previas no indica nada en contrario, el secretario judicial, al decidir sobre su admisión a trámite, se limitará a señalar fecha en la que deban comparecer las partes ante el tribunal al objeto de ser oídas sobre sus pretensiones, que será resuelto por auto. Si por el contrario la parte instante solicita que se resuelva por el Juez o tribunal sin dar previa audiencia a la parte, el Secretario Judicial se limitará a acordar la remisión al mismo tribunal para que tome la decisión oportuna.

9) FORMAS DE TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

9.1.) Conceptos generales

El proceso termina normalmente por Sentencia contradictoria tras la celebración del juicio en el que se habrán presentado las pruebas de las que las partes intenten valerse. Pero no siempre ocurre así: son las llamadas formas de terminación anticipada o anormal del proceso a las que se refiere el artículo 19.1 LEC cuando establece que:

“Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón de interés general o en beneficio de tercero”.

Como regla general en el orden jurisdiccional civil rige el principio dispositivo, en virtud del cual las partes tienen un poder relativamente significativo para manejar algunos tiempos y tomar decisiones sobre la conclusión del proceso.

En el artículo 19.4 LEC se prevé que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso “que será acordada por el Secretario Judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días” 11.

Dentro de estas formas de terminación anticipada del proceso, distintas de la suspensión a instancia de parte, suelen distinguirse:

A) EL ACUERDO O LA TRANSACCION

Este supuesto viene recogido en el artículo 19 LEC como una de las facultades de disposición del objeto del juicio por las partes, que pueden transigir sobre el mismo en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Este acuerdo puede ser, a su vez, extraprocesal – si tiene lugar fuera del proceso en cuyo caso no tiene incidencia alguna en él – o procesal si el acuerdo es homologado por el Juzgado, por medio de auto del Juez o Tribunal. En el primer caso, tal y como se recoge en el artículo 19.4 LEC, las partes suelen pedir al Juzgado que se decrete la suspensión del proceso, lo que así se acuerda por el Secretario Judicial por medio de decreto, siempre que no se perjudique el interés general o a tercero y que el plazo de suspensión solicitado no supere los sesenta días. En este decreto se acordará, a su vez, el archivo provisional. Las partes, conforme dispone el artículo 179 LEC, una vez transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, pueden :

- Pedir la reanudación del proceso, en cuyo caso el secretario Judicial dictará decreto señalando día y hora del juicio.

-No hacer ni pedir nada, en cuyo caso una vez transcurran cinco días desde que finalizó la suspensión, el Secretario Judicial acordará archivar provisionalmente los autos permaneciendo en esa situación, mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de la instancia.

Cabe destacar que para que el citado acuerdo o convenio produzca efectos jurídicos deberá ser homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretende poner fin, lo que ya se recogía con carácter general antes de la reforma.

B) LA RENUNCIA DEL ACTOR

La renuncia se entiende como una renuncia a la acción del actor o una renuncia al derecho concreto en que éste funda su pretensión. La renuncia produce los efectos de cosa juzgada en relación al negocio o relación jurídica planteada como cuestión de fondo.

La renuncia es un acto de disposición del actor, el cual no requiere la conformidad del demandado¹² y que tiene los mismos efectos y adopta la forma de Sentencia desestimatoria con imposición de costas al actor.

En el artículo 20.1 LEC se prevé que, cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibles, en cuyo caso se dictará auto mandando seguir el proceso adelante, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado.

C) EL DESISTIMIENTO DEL ACTOR

Al contrario que la renuncia, el desistimiento no produce los efectos de cosa juzgada y supone la conclusión del proceso iniciado, sin que nada impida el planteamiento de la misma pretensión a través de una demanda nueva. Es decir el actor no renuncia a la acción o al derecho que le corresponda como sucede en el caso de la renuncia propiamente dicha.

Igual que en los casos de renuncia o acuerdo, para el desistimiento es necesario poder especial, ya que se trata de un acto de disposición del proceso, pudiendo desistirse asimismo en cualquier fase del proceso.

El desistimiento puede ser total o parcial, previéndose supuestos de desistimiento tácito como sucede en los casos de incomparecencia del actor al acto del juicio verbal, o a la audiencia previa del juicio ordinario.

El desistimiento se recoge con carácter general en el artículo 20.3 LEC en el que se distinguen dos momentos para que el actor pueda ejercitar su pretensión de desistir del proceso:

- Cuando el demandado aún no haya sido emplazado o citado a juicio, en cuyo caso el actor puede desistir unilateralmente. También podrá el actor desistir unilateralmente cuando el demandado hubiese sido declarado en rebeldía. El desistimiento se acordará por medio de Decreto del Secretario Judicial

- Cuando el demandado haya sido emplazado o citado a juicio, y el actor pretendiese desistir del proceso del escrito de desistimiento se dará traslado por diligencia de ordenación al demandado que será oído por un plazo de diez días pudiendo entonces suceder:

- Que el demandado no se oponga al desistimiento o preste su conformidad al mismo; el Secretario Judicial dictará decreto acordando el desistimiento sin imposición de costas a ninguna de las partes.

- Si el demandado se opone al desistimiento, el Juez o Tribunal resolverá por medio de auto lo que estime oportuno.

Existen dos supuestos especiales de desistimiento recogidos en el artículo 16 LEC:

- Cuando el litigante fallecido sea el demandado y las demás partes no conocieren a los sucesores o éstos no pudieran ser localizados o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante, declarándose por decreto del Secretario Judicial la rebeldía de la parte demandada.

- En caso de fallecimiento del demandante, si sus sucesores no se personaren, bien porque las partes no conocieren a los sucesores del difunto, bien porque no los localizan se tendrá por desistido al demandante ordenándose el archivo de las actuaciones por decreto del Secretario Judicial, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso el Juez o Tribunal resolverá lo que estime oportuno conforme dispone, a su vez, el artículo 20.3 LEC en su último párrafo.

D) LA CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO

Según el artículo 22 LEC, cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, bien porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y en su caso, del demandado reconviniendo o por cualquier causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario Judicial la terminación del proceso, sin que proceda la condena en costas.

La novedad de la reforma, en este caso, consiste en sustituir el auto que antes se dictaba por el Juez o Tribunal por el decreto que ahora dicta el Secretario en caso de que ambas partes estén conformes con la terminación del proceso por esta causa.

Ahora bien, en caso de que alguna de las partes sostuviese la subsistencia de interés legítimo, negando la satisfacción extraprocésal a sus pretensiones, el Secretario Judicial lo que hará será convocar a las partes a una comparecencia ante el tribunal dentro del plazo máximo de diez días, que versará sobre ese único objeto.

E) EL ALLANAMIENTO DEL DEMANDADO

En el artículo 21 LEC se contempla como una de las modalidades que expresan el poder de disposición de las partes sobre el proceso. Sin embargo el allanamiento del demandado a las pretensiones del actor en su demanda no supone la terminación del proceso, aunque sí la eliminación de todo trámite intermedio entre la fase de alegaciones y la sentencia, ya que si nada discuten las partes sólo queda al tribunal resolver en el sentido solicitado por las mismas dictando sentencia condenatoria en caso de allanamiento total o auto en caso de allanamiento parcial¹³, a excepción de los supuestos del artículo 21.1. LEC (allanamiento hecho en fraude de ley, contra el interés general o en perjuicio de tercero).

El demandado se puede allanar en cualquier fase del proceso, sea primera instancia, fase de recurso o ejecución¹⁴.

Existen supuestos especiales parecidos mas a una transacción entre las partes que a un allanamiento¹⁵ y son aquellos en los el allanamiento viene condicionado a la producción de determinados efectos, a la exigibilidad de ciertas prestaciones o al cumplimiento de¹⁶ determinadas obligaciones fruto de la relación jurídica que mantienen las partes.

Un supuesto novedoso introducido por la reforma en el artículo 437.3 LEC señala que si en la demanda se solicitase el desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, o por expiración legal o contractual del plazo, el demandante podrá anunciar en ella que asume el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, lo que no deja de suponer un allanamiento del arrendatario derivado del compromiso transaccional asumido por el arrendador, lo que así se recoge en el artículo 21.3 LEC. En este caso el Decreto que homologue dicho compromiso declarará que de no cumplirse con el plazo de desalojo fijado en el acuerdo, se ejecutará sin más trámites el día que se fije en el decreto que no será más allá de los quince días posteriores al plazo de desalojo voluntario por el arrendatario.

F) LA ENERVACION DE LAS ACCIONES

Constituye otra de las formas anticipadas de terminación del proceso aunque, en puridad, supone un allanamiento del demandado a las pretensiones del actor que ve satisfechas total o parcialmente sus pretensiones sin que por ello se vea alterada la relación o negocio jurídico existente entre ellas.¹⁷

Un ejemplo de este supuesto es la enervación del juicio de desahucio prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 22 LEC. Conforme a los mismos, los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el Secretario Judicial si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a juicio que concluirá con sentencia del Juez declarando enervada la acción o habiendo lugar al desahucio.

El nuevo número cinco del artículo 22 LEC despeja las dudas que se suscitaban en torno a quien debía hacerse cargo de las costas en caso de enervación de la acción de desahucio. El criterio general era la imposición de costas al demandado en base al principio general del vencimiento objetivo del artículo 394 LEC, al no poder considerarse como un supuesto de allanamiento ni de carencia sobrevinida de objeto, hoy el mencionado número cinco establece expresamente la imposición de costas al demandado salvo que las rentas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador.

Otro de los supuestos de enervación de acciones contemplados en la Ley viene recogido en el artículo 693.3 de la LEC en relación al ejercicio de la acción hipotecaria en el que el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado por la celebración de la subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas, que incluirá, en su caso, cuotas atrasadas e intereses vencidos. Si así se hiciera por el deudor el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

G) LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La caducidad de la instancia es la terminación anticipada del proceso por la simple inactividad de las partes, sin realización de actividad procesal alguna, durante el periodo de tiempo marcado por la ley, pudiendo ejercitarse de nuevo la acción en otro nuevo proceso.

El presupuesto básico de esta figura jurídica es la presunción legal de falta de interés o abandono de su pretensión hecha por las partes. Los efectos varían según la fase en que se encuentre el proceso:

- Si se encuentra en primera instancia, su plazo es de dos años y sus efectos son el desistimiento

- si se encuentra en fase de recurso, segunda instancia o recurso extraordinario, el plazo de caducidad es de un año y su efecto será la firmeza de la resolución recurrida.

Conforme al artículo 179.1 LEC, “el Secretario Judicial dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias”. Ahora bien eso no quiere decir que ello de lugar a la caducidad de la instancia, recogándose expresamente en el artículo 176 LEC que la falta de impulso procesal de oficio no dará lugar a la caducidad, como tampoco en los casos de causa no imputable a la parte o fuerza mayor.

En ejecución no hay declaración de caducidad y solo cabe la prescripción general de quince años. Este plazo es distinto al plazo de caducidad establecido para el ejercicio inicial de la acción ejecutiva del artículo 518 LEC que es de cinco años.

Tras la reforma la caducidad de la instancia la declara ahora el Secretario Judicial por decreto, conforme al artículo 237.2 LEC, sin imposición de costas, contra el cual sólo podrá interponerse recurso de revisión.

En el cuadro siguiente se aprecia claramente la distribución de competencias entre el Juez y el Secretario. Como regla general el Juez o Tribunal resuelve por medio de auto o de sentencia aquellos casos en que hay oposición de la parte contraria y el Secretario resuelve por Decreto en aquellos casos en los que no hay oposición o actividad procesal alguna de las partes.

FORMAS DE TERMINACION ANTICIPADA PROCESO	PETICION A INSTANCIA	RESOLUCION	EFFECTOS
RENUNCIA	Actor	SENTENCIA ABSOLUTORIA	EXTINCION DEL DERECHO O ACCION
ALLANAMIENTO	Demandado	SENTENCIA CONDENATORIA	RESUELVE LA CUESTION DE FONDO
TRANSACCION	Ambas partes	AUTO	RESUELVE LA CUESTION DE FONDO
DESISTIMIENTO	Actor	DECRETO (si no hay oposición) AUTO (si hay oposición)	TERMINACION DEL PROCESO
SATISFACCION EXTRAPROCESAL	Actor o demandado	DECRETO (si no hay oposición) AUTO (si hay oposición)	RESUELVE LA CUESTION DE FONDO
ENERVACION DEL DESAHUCIO	Actor o demandado	DECRETO (si no hay oposición) o SENTENCIA	RESUELVE LA CUESTION DE FONDO
CADUCIDAD	Inactividad en el tiempo	DECRETO	TERMINACION DEL PROCESO
SUSPENSION	Actor y/o demandado	DECRETO	ARCHIVO PROVISIONAL

9) PROCESOS DECLARATIVOS

El proceso de declaración es aquél por medio del cual los Tribunales declaran el derecho aplicable al caso concreto que plantean las partes.

Conforme al artículo 248.1. LEC: Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda. Pertenecen a la clase de los procesos declarativos:

1º El juicio ordinario

2º El juicio verbal

Las reglas de determinación del proceso adecuado pueden distinguirse por razón de la cuantía o de la materia.

La cuantía del juicio ordinario se determina en el artículo 249.2 que señala que el ámbito del juicio ordinario se aplicará a las demandas cuya cuantía exceda de 6.000 euros, a diferencia de la anterior regulación que lo aplicaba a aquellas cuya cuantía excediera de 3.000 euros, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular.

Con la reforma se amplía el ámbito de aplicación del juicio verbal siendo este aplicable a todas aquellas demandas cuya cuantía no exceda de los 6.000 euros (artículo 250.3).

El control de oficio de la clase de juicio que corresponda por razón de la cuantía y de la materia ha pasado de las manos del Juez o Tribunal a las del Secretario Judicial, el cual si advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, dice el artículo 254, acordará por diligencia de ordenación que se de al asunto la tramitación que corresponda. Contra esta diligencia cabe recurso de revisión ante el Tribunal, que no producirá efectos suspensivos, de la misma manera se actuará cuando se considere que la cuantía es indeterminada o inestimable.

En lo que respecta a las reglas de determinación de la cuantía la LEC mantiene en sus artículos 251 y siguientes una amplia relación de reglas de determinación de la cuantía, reglas que no han variado con la reforma, pudiendo destacarse que:

- Cuando se ejercita una pretensión declarativa de condena y ésta se refiere a una cantidad de dinero, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad.

-Para los demás supuestos , los artículos 251 y 252 LEC, establecen una lista de reglas, que tendrá que tener en cuenta el actor para determinarlo en la demanda, reglas que no se han visto alteradas más que en su regla 9ª relativa a los arrendamientos de bienes a virtud de la reforma 19/2009.

-Si ni siquiera con alguna de las reglas de estos artículos puede fijarse de modo concreto el valor de lo pedido, se estimará que la cuantía es indeterminada, procediéndose entonces la tramitación por las reglas del juicio ordinario.

Por su parte las reglas de determinación del proceso declarativo que corresponda por razón de la materia se enumeran en el artículo 249 LEC para los juicios ordinarios y 250 LEC para los juicios verbales.

9.1) JUICIOS ORDINARIOS

En cuanto a las modificaciones que afectan al juicio ordinario es de destacar que la admisión de la demanda se hará por decreto del Secretario Judicial (artículos 404 y 405 LEC) conforme a lo ya expuesto sobre la admisión de la demanda en el epígrafe uno, es decir el Secretario Judicial debe dar cuenta al Tribunal para que resuelva cuando:

- Estime que existe falta de jurisdicción o de competencia
- Estime que existen defectos formales no subsanados en el plazo concedido

Una novedad en el proceso declarativo ordinario introducida por la reforma consiste en que en el supuesto de que el demandado plantee reconvencción, el actor puede solicitar al Secretario Judicial que acuerde por decreto que se le dé el plazo otorgado para la contestación a la demanda reconvenccional (artículo 408.2 LEC).

9.2) JUICIOS VERBALES

Los juicios verbales comunes apenas han sufrido novedades salvo las mencionadas anteriormente que afectan tanto a los juicios ordinarios como a los verbales.

9.2.1) REQUISITOS DE LA DEMANDA EN CASOS ESPECIALES: JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO.

Tras la reforma es de destacar la mayor agilización en la tramitación de los juicios verbales de desahucio por medio de la aplicación de criterios más eficaces que los anteriores y el acortamiento de algunos plazos, así como la posibilidad de condonación de la deuda por el arrendador si el arrendatario se compromete al desalojo voluntario de la vivienda.

El juicio verbal de desahucio se aplica tanto a fincas rústicas como urbanas, reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas, condenas de futuro en el caso de rentas periódicas, expiración del plazo contractual o legal, así como en materia de ejecución.

El juicio verbal de desahucio se admitirá, en su caso, por medio de Decreto dictado por el Secretario Judicial que debe informar sobre:

- La posibilidad o de enervación
- Petición de citación de testigos en el plazo de tres días desde la citación, así como petición de respuestas por escrito de personas jurídicas o entidades públicas (artículo 381)
- Advertencia de que en el caso de no comparecer a la vista se declarará el desahucio sin más trámites quedando citado para recibir la notificación de la sentencia el sexto día siguiente a partir del señalado para la vista.
- Día y hora del lanzamiento en el plazo de un mes desde la celebración de la vista
- Solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita en el plazo de tres días desde la citación, sin que la solicitud posterior produzca la suspensión del procedimiento salvo que el Juez aprecie indefensión.
- La advertencia al arrendatario de que se procederá al lanzamiento sin necesidad de una notificación posterior.

Una novedosa posibilidad que se establece ahora para paliar la imposibilidad de comunicación con el arrendatario que tanta demora produce en la resolución y ejecución de los juicios de desahucio porque no se le encuentra, aun habiendo utilizado los medios telemáticos u otros semejantes instalados en las oficinas judiciales en los domicilios designados por el demandante, el demandado o hallados por las oficinas judiciales, conforme al artículo 155 de la LEC, consiste en la fijación de la cédula de citación en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial (artículo 164 LEC).

10) CONCLUSIONES

En el proceso de modernización de la Justicia en el que estamos incurso es imprescindible el cambio de actitud para que lleguemos a ver que todos los operadores jurídicos formamos parte de un todo y que debemos colaborar en el buen funcionamiento de la nueva oficina judicial que se está gestando.

En este reto, la actitud del Juez y del Secretario Judicial debe ser de coordinación y de colaboración ante las dudas e incertidumbres que en el ámbito procesal puedan plantearse ante los nuevos cambios.

Si esta reforma supone una cierta “desposesión” de lo que tradicionalmente se había considerado competencia del Juez o Tribunal no es menos cierto que en esa misma proporción es el Secretario Judicial quien ha de asumir esa responsabilidad compartiendo protagonismo con el Juez o Tribunal.

El Secretario Judicial ha de seguir las pautas marcadas por los protocolos de actuación procesal y de control del cumplimiento de los criterios y objetivos, asumiendo su rol de líder de la oficina judicial, tratando de lograr que se hagan bien las cosas, que se trabaje coordinadamente con todos los operadores jurídicos para conseguir, en suma, una Justicia moderna y eficaz que resuelva los problemas jurídicos de los ciudadanos. Esta es la gran y difícil tarea encomendada a los Secretarios Judiciales y estoy convencida que lo lograremos si nos empeñamos en funcionar en un todo y no en pequeñas parcelitas como funcionábamos hasta ahora.

Se hace ahora necesario que todos asumamos la gran responsabilidad de impedir que el modelo de Justicia que todos deseamos termine en un estrepitoso fracaso bien por falta de ilusión de sus operadores jurídicos, por falta de coordinación entre los mismos o por falta de medios personales y materiales para llevarlo a cabo.

NOTAS:

1 El Libro Blanco de la Administración de Justicia dedicaba el capítulo 3º a la oficina judicial, haciendo una verdadera crítica a la configuración de la misma, a tal fin se indicaba que “la configuración actual de la oficina judicial no satisface a nadie: ni a los jueces, ni a los secretarios, ni a los abogados, ni a los procuradores, ni a las Administraciones públicas con competencia en materia de administración de la Administración de justicia, ni a los funcionarios, ni lo que es más importante, a los ciudadanos que diariamente acuden a los Juzgados...”

2 Raquel Alastruey Gracia. (Magistrada) “El papel del Juez en la nueva oficina judicial. Acciones tendentes al cambio. Monográfico impartido en el Centro de Estudios judiciales- Universidad de Madrid 2009, pág. 5

3 José Luis Gómez Arroyo (Secretario Judicial Coordinador de Burgos) “Notas sobre la implantación de la oficina Judicial” Burgos. Febrero del 2010 . págs. 1 y 2.

4 Rafael Lara Hernández – Presidente del CNSJ “Manual práctico de las reformas procesales” Editorial Aranzadi 2010- pág. 31.

5 La tasa de litigiosidad se ha incrementado en un 14% en el periodo de 2002 – 2008. En la actualidad se ingresan mas de 10 millones de casos en los Juzgados y Tribunales . Andalucía, Valencia y Madrid son las CCAA con mayor índice de litigiosidad.

6 Raquel op. cit 2 pág. 4

7 Jose Luis Gomez Arroyo op. cit 3 pags. 20,21 y 22

8 Colegio Nacional de Secretarios Judiciales “Manual practico de las reformas procesales” Editorial Aranzadi 2010, pág 106 y 107

9 Colegio Nacional de Secretarios Judiciales - Manual de las reformas procesales, op. cit. 9 pag. 177

10 Rafael Lara Hernandez op cit 4 pag. 165 : “A todas las demás formas de paralización o terminación del proceso se las suele englobar bajo la expresión “crisis procesales” o mas extendidamente entre la doctrina como “Terminación anormal del proceso”y a ellas se refiere el articulo 19.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil

11 Ministerio de Justicia – Dirección General de Modernización . Unidad 2 – pág. 12 “Cambios en la tramitación resultantes de una nueva distribución de competencias entre Jueces y Tribunales y los Secretarios Judiciales:”: Aunque hay otras actuaciones que tienen aún mayor relevancia procesal que la suspensión porque suponen la definitiva terminación del proceso y, en ocasiones, con efectos de cosa juzgada material”

12 En los procedimientos concursales el art. 186 LEC prevé que, declarado el concurso será el Juez quien resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva.

13 El allanamiento parcial que se recoge en un auto constituye por si mismo un titulo ejecutivo. No cabe la imposición de costas, según la jurisprudencia, debiendo dejarse la cuestión para la resolución de fondo.

14 En la practica de los juzgados se suele aceptar como criterio interpretativo que para verificar el allanamiento no es necesario que el demandado se persone en legal forma con abogado y Procurador, en caso de que su intervención sea preceptiva, sino que basta con un simple escrito o comparecencia en el Juzgado del demandado allanándose a las pretensiones del actor, siempre que tal allanamiento sea puro, simple y referido únicamente a las pretensiones formuladas por el actor.

15 Ministerio de Justicia- Dirección General de Modernización –Unidad 2 op cit.10 Pag. 13

16 Ministerio de Justicia- Dirección General de Modernización- Unidad 2 op. cit. 10 Pág. 14

17 Ministerio de Justicia- Dirección General de Modernización –Unidad 2 op. cit. 10 Pág. 14

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEO EN CASTILLA- LA MANCHA

M^a Encarnación Gil Pérez.

Profesora Dra. Asociada de la Universidad de Castilla -La Mancha

1. Introducción. 2. Políticas activas de empleo. 2.1 Un empleo de calidad. 2.2. Fomento de la creación y estabilidad en el empleo. 2.3. Políticas de igualdad de oportunidades. 2.4. Empleo basado en la formación y cualificación. 2.5. Un servicio público de empleo y calidad. 2.6. Políticas basadas en la igualdad y la conciliación. 2.7. Crecimiento y productividad. 3. Especial referencia al Plan de Choque. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es notoria la importancia de las políticas activas de empleo para racionalizar las tendencias presentes en el mercado de trabajo.

El concepto de políticas activas de empleo nace en Europa a partir de la segunda mitad de la década de 1980 para dar respuesta a una bolsa de empleo estructural formada principalmente por colectivos con dificultades sociales, culturales y económicas, con grandes problemas para acceder al mercado de trabajo. Nuestro art. 17 del ET y sus vicisitudes es una mera muestra clave de ello.

Este concepto ha evolucionando y hoy en día, como recoge la Ley española 56/2003 de empleo, se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tiene como finalidad mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, así como la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores y el fomento del espíritu empresarial y la economía social.

Los sujetos públicos que actúan estas políticas no son sólo los gobiernos estatales, sino que se reconoce competencia en la materia a los gobiernos autonómicos. Este trabajo aborda precisamente el desarrollo último de estas políticas en Castilla - La Mancha.

Las actuales políticas públicas de empleo en Castilla - La Mancha son el fruto del diálogo social entre el Gobierno, empresarios y sindicatos, que mediante el acuerdo quisieron dar una señal de convergencia en torno a unas medidas, a través de las cuales se pretende frenar las consecuencias de la crisis financiera internacional, con el fin de estimular una economía debilitada de manera global por la inhibición del crédito, por la caída de la demanda agregada y por el desplome de determinados sectores productivos. Frente a un proceso económico paralizado que destruye empleos a gran velocidad y es incapaz de generar nuevas ocupaciones para los trabajadores expulsados del mercado de trabajo y para los que están ante su primera búsqueda de empleo, las medidas llevadas a cabo por el legislador autonómico en Castilla - La Mancha pretenden paliar, en la medida de lo posible, la fuerte crisis que estamos sufriendo. En este sentido, se trata de una experiencia que se diferencia de los procesos de diálogo social a nivel estatal, en donde no se ha encontrado ese espacio de convergencia.

Ante las circunstancias actuales en Castilla - La Mancha se ha llevado a cabo el Plan de Choque, pionero en España para paliar los efectos derivados del agotamiento de las prestaciones o subsidios por desempleo, ofreciéndoles un contrato de trabajo, y en su caso, orientación laboral y formación adecuada a sus necesidades, como se analizará más adelante.

2. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Nos encontramos en un sistema de libre mercado, donde el empleo lo crean y lo destruyen las empresas. Ellas son la matriz del crecimiento económico de nuestro país. Por ello la finalidad de las políticas activas de empleo no es, por tanto, la creación de empleo en sí, sino la mejora de la “Empleabilidad” de los trabajadores para que les resulte más fácil acceder a un puesto de trabajo, la “empresarialidad” de las unidades económicas que asumen trabajadores y la integración de los sistemas educativos en el área de empleo.

Tradicionalmente sin embargo, se distingue entre políticas pasivas y activas de empleo. En este sentido, los gobiernos autonómicos no llevan a cabo políticas pasivas de empleo, ya que éstas son competencias del gobierno central y consisten en el pago de subsidios y prestaciones por desempleo al formar parte del Sistema de Seguridad Social. Las Comunidades Autónomas tienen que gestionar las políticas activas de empleo, a través de las cuales se pretende fomentar la contratación de calidad.

Al margen de experiencias anteriores, este trabajo se pretende centrar en el mecanismo conductor que existe para llevar a cabo políticas activas de empleo en el ámbito regional tratado, que es el Plan por Crecimiento, la Consolidación y la Calidad en el empleo en Castilla-La Mancha (2009-2013)². Este Plan es el resultado del diálogo y la concertación social entre el Gobierno regional y las organizaciones empresariales y sindicales y se puede definir como la hoja de ruta para llevar a cabo las acciones en materia de políticas activas de empleo en este ámbito territorial.

El Plan es fruto de experiencias derivadas de los acuerdos suscritos con anterioridad y persigue fundamentalmente “consolidar el pleno empleo, mejorar la calidad de nuestro mercado de trabajo, mejorar la competitividad de nuestro tejido productivo y dar respuestas eficaces a personas que han perdido o buscan un empleo”.

El Plan de Crecimiento, Consolidación y Calidad en el empleo nace de la planificación consensuada de las políticas del mercado de trabajo, organizadas en tres niveles: el marco comunitario de la Estrategia de Lisboa, el de la revisión de las políticas activas de empleo en el sistema Nacional de Empleo y el Marco autonómico de Planificación y Acuerdo Social.

Como no podía ser menos, el Plan declara estar inspirado y condicionado en buena parte por el desarrollo normativo en materia de formación y empleo a través de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, así como el desarrollo legislativo a partir de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres³; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre este marco normativo el Plan deberá contener los objetivos, estrategias y medidas para llevar a cabo sus objetivos⁴. Es decir, se sitúa en las líneas marcadas por la normativa estatal, pero persigue centralizar desde el ámbito de la Comunidad Autónoma la realización de una eficaz política regional de empleo.

El Plan objeto de estudio gira en torno a siete líneas fundamentales y necesarias para la consecución de los objetivos establecidos, como son la calidad en el empleo; la igualdad de oportunidades; el empleo basado en la formación y la cualificación; un servicio público de empleo de calidad; la información y orientación laboral; la igualdad y conciliación y por último, el crecimiento y la productividad. Se describen a continuación brevemente.

2.1. Un empleo de calidad.

Es importante que el plan establezca y concrete lo que se entiende por calidad en el empleo, porque solo así se podrán fijar los objetivos para poder alcanzarlo. En este sentido, se hace referencia tanto a las características que ha de reunir el puesto de trabajo, como a las del mercado laboral y productivo.

Para que se pueda hablar de calidad en el empleo habrá que hacer alusión a otros ítems que definen el empleo más allá del número de empleados que existe en un territorio. Así, la estabilidad, salud y seguridad en el trabajo, remuneración suficiente, igualdad entre hombres y mujeres, organización del trabajo que permita la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, la formación la cualificación y el aprendizaje permanente, así como el desarrollo de la carrera profesional, el diálogo social y la participación de los trabajadores y trabajadoras, la diversidad, la no discriminación y el rendimiento general, garantizando, así, una economía más productiva, más competitiva y mayor cohesión social. Las políticas laborales y de empleo deben ir acompañadas de políticas sólidas en educación y formación, en infraestructuras, en investigación, desarrollo e innovación, así como, en materia industrial y medio ambiente, todos ellos elementos esenciales para el crecimiento y la calidad en el empleo. Sin embargo, la enumeración de estas características no establece un orden de prioridad entre las mismas, ni un criterio de valoración que permita apreciar el nivel específico de “calidad” del empleo.

Lo que establece el Plan es una serie de objetivos, optando por una perspectiva finalista, entre ellos destacamos los siguientes:

- El diseño de políticas de prevención, activación y reorganización específicas y eficaces que puedan hacer frente a las variaciones del mercado de trabajo, cambios económicos, legislativos y sociales así como atender a determinadas situaciones específicas que afecten a determinados sectores o territorios⁵.

- Se pretende promover un crecimiento económico, equilibrado y duradero que posibilite una economía más competitiva y productiva y un mercado de trabajo flexible y adaptable con mayor cualificación profesional y calidad en el empleo, lo que realmente es una tautología puesto que ese objetivo es realmente el presupuesto de un empleo de calidad.

- Se quiere situar a Castilla - La Mancha en niveles de convergencia y cohesión social de España y de la Unión Europea, para que la comunidad autónoma llegue al 2013 en las mejores condiciones para afrontar su paso al objetivo de competitividad regional y empleo.

- Todo ello, fomentando el diálogo Social que contribuya a crear un mercado de trabajo inclusivo y que ofrezca las mismas posibilidades a hombres y mujeres a través del acceso a la ocupación y a la actividad económica de todas las personas y en particular de aquellos grupos más vulnerables. Una atención especial se da a aquellos territorios de la comunidad autónoma donde existen personas que habitan zonas rurales con baja densidad de población y donde el mercado por sí solo no es capaz de generar las suficientes oportunidades.

- En ese mismo sentido, se declara el propósito de fomentar la formación y la redistribución de recursos humanos promoviendo la re-qualificación y la movilidad sectorial y profesional de los trabajadores y trabajadoras, ayudando a crear empleos más productivos y competitivos, al tiempo que se asegura un aprendizaje permanente.

- Se quiere impulsar y fomentar la investigación, la innovación y la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación al desarrollo del tejido industrial, en orden a la creación y consolidación de empleo más productivo y de calidad.

- Se pretende reforzar y consolidar un Servicio Público de Empleo como eje central de todas las actuaciones en materia de intermediación, mejora de las oportunidades de las personas que buscan empleo y el fomento del empleo y de la estabilidad.

- Por último se hace referencia a la intención de fomentar el espíritu emprendedor de los hombres y mujeres de Castilla - La Mancha, a través del trabajo autónomo individual y colectivo, por medio de la mejora de la empleabilidad de las personas desempleadas, contribuyendo a la creación de empleo de calidad, y a la mejora de la productividad y competitividad de la región.

Para llevar a cabo estos objetivos genéricos se establecerán unos ejes centrales para ir desarrollando de manera concreta y eficaz, las metas que se quieren alcanzar.

2.2. Fomento de la creación y estabilidad en el empleo

A) Medidas que atienden al fomento del empleo de los sujetos “débiles” del mercado del trabajo.

A través de este primer eje lo que se pretende es reducir la temporalidad de las contrataciones existentes en esta región fomentando la contratación inicial indefinida en especial de las mujeres, intentando a través de esta medida, descender la tasa de desempleo femenino.

Estas medidas son absolutamente necesarias si tenemos en cuenta que el paro registrado en el primer trimestre del año 2010, en relación a las mujeres, se ha incrementado en un 7,96% respecto al último trimestre del 2009, lo que supone un incremento de 7.588 mujeres más. En cifras concretas, en el primer trimestre del año 2010, el número de mujeres inscritas en las oficinas de empleo de la región fue de 102.880. No obstante la cifra del desempleo masculino sigue siendo elevada, en concreto, es de 96.386 desempleados.

Para paliar esta tendencia se prevén tres medidas de acción concretas:

En primer lugar, el fomento de la contratación inicial indefinida de colectivos con especial dificultad de acceso al mercado laboral, como son las mujeres, los varones jóvenes menores de 30 años y mayores de 45 años, demandantes de empleo no ocupados con más de 6 meses de antigüedad en la demanda, demandantes de empleo con discapacidad y personas alejadas del mercado laboral.

La edad es otro facto importante a tener en cuenta en las políticas activas de empleo. Si analizamos las estadísticas, la suma de de los tramos de edad comprendidos entre el intervalo de 25 a 44 años, es el 54% de las personas registradas en nuestra región. En el resto de categorías la proporción baja sobre todo entre los tramos a partir de 55 y entre lo 16 a 19 años, en concreto es el de 7% del paro masculino, este último dato es lógico y natural si tenemos en cuenta que con esta edad, la mayoría de jóvenes se encuentran dentro del sistema de enseñanza reglada. Más preocupante es el dato de los desempleados mayores de 55 años, puesto que el acceso al mercado de trabajo es mucho más complicado conforme

va aumentando la edad del trabajador y sin olvidar que los datos aportados son los del primer trimestre del 2010, de manera que habrá que sumar a estas cifras, datos anteriores para tener una dimensión real del problema.

En el caso de las mujeres se puede apreciar, en distinta proporción, la misma tendencia y es que en los tramos de edad entre los 25 a 49 años, el porcentaje de mujeres desempleadas registradas es del 69 %. Los índices bajan de manera significativa a partir de los 50 años y en el intervalo de 16 a 24 años de edad, seguramente porque no se plantean encontrar trabajo (acceder al mercado laboral “visible” a partir de cierta edad, en el primer caso, o bien porque se encuentren estudiando.

Se establecen subvenciones para fomentar la contratación inicial indefinida en cualquier persona demandante de empleo, que haya participado, en los últimos seis meses, en alguna acción de mejora de la empleabilidad.

Y se fomentará la celebración del contrato de relevo, de duración indefinida y de la contratación inicial indefinida en sustitución de personas que se jubilan anticipadamente.

No obstante y pese a las ayudas establecida por la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha, las estadísticas nos indican que la tasa de temporalidad sigue siendo elevada a lo largo del 2010, si tenemos en cuenta los datos analizados hasta el pasado mes de abril.

Pese a los programas de fomento de la contratación indefinida, los datos nos indican que del total de contratos que se han celebrado durante el año 2010, hasta el mes de abril, han sido 151.484, de los cuales 137.710, eran temporales y 13.774 indefinidos. De estos datos podemos extraer que solo el 9,59% han sido indefinidos frente al 90,41% de temporales.

Si se analiza por modalidades contractuales (37.709) y según los datos publicados en el mes de abril, los contratos indefinidos ascienden a 3.183, que podemos desglosar de la siguiente manera:

- Contrato indefinido ordinario asciende a 1.285
- Contrato de fomento de la contratación indefinida, un total de 464
- Personas con discapacidad (sólo bonificados), 5

-Personas con discapacidad CFi, 36

-Convertidos en indefinidos 1.393

En cuanto a los contratos temporales, se llega a un total de 34.526:

-Contratos para obra o servicio, 17.379

-Eventual por circunstancias de la producción , 13.440

-Interinidad, 3.148

-Temporal para personas con discapacidad, 45

-Sust. Jubilación 64 años 11

-Total relevo, 46

-Jubilación parcial, 78

-Prácticas, 101

-Formación, 166

-Otros contratos 112

La tónica general y constante es que hay un número mayor de contrataciones a hombres con relación a las mujeres, tanto en los contratos indefinidos como en los temporales.

En cuanto a la edad, la horquilla mayoritaria de contrataciones está entre los 25 y 44 años. No obstante hay que destacar un dato curioso y es que los contratos indefinidos celebrados con mayores de 45 años, es el doble que para los jóvenes menores de 25, mientras que en el colectivo de mujeres y con esta misma modalidad contractual, hay mayor número de contratos para menores de 25 años que para mayores de 45, es decir, ocurre justamente a la inversa. Este dato es especialmente detectable en el sector servicios, sector por otra parte, con mayor índice de contrataciones, lo que da cuenta del perfil económico de nuestra comunidad autónoma. En este sentido podemos sacar la siguiente conclusión, y es que se sigue primando la experiencia para los hombres y la juventud para las mujeres, estereotipos que no han variado demasiado con arreglo a los tópicos del pasado. A esto hay que unir la existencia de sectores especialmente masculinizados y es que donde más se ha contra-

tado después del sector servicios, ha sido el de la construcción, industria y agricultura.

En cuanto a los contratos temporales, sigue habiendo una contratación superior de hombres, que de mujeres, y de jóvenes entre 25 y 44 años, y seguidos de manera casi empatada entre los comprendidos en la franja de edad de menores de 25 años y mayores de 45.

En el caso de las mujeres, sigue la tendencia apuntada anteriormente y es que después de la franja de entre 25 y 44, que son las más contratadas, le siguen las menores de 25 años y por último las de más de 45, esta diferencia está mucho más marcada en relación con los hombres, por tanto podemos afirmar que la juventud y la presencia es tenida en cuenta a la hora de contratar a las mujeres.

B) Medidas que incentivan la creación de empleo en determinados territorios de la Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, se establecen medidas de apoyo a la creación de empleo de calidad en determinados sectores y territorios, en concreto ayudas para la contratación indefinida en sectores que son capaces de crear empleo nuevo de calidad que permitan incorporar dotaciones de tecnología, productividad y competitividad, en sectores vinculados a los procedimientos de investigación, desarrollo e innovación. Son sectores relacionados con las nuevas tecnologías y las energías renovables, en general. El objetivo de estas ayudas se centra en incentivar la creación de un nuevo tejido industrial y productivo que permitan garantizar una continuidad de progreso y futuro real de inversión y trabajo.

Una de las medidas de apoyo se centra en subvencionar la contratación indefinida de aquellas empresas calificadas como empresas I+D, como motor de progreso e innovación en la comunidad autónoma. Los resultados en el 2009 han sido de 10 trabajadores contratados por tiempo indefinido, siendo el total de contratados hombres, 8 de ellos a tiempo completo en la provincia de Cuenca y 2 a tiempo parcial, en la de Albacete.

A esto hay que sumar las subvenciones a cooperativas y Sociedades laborales que han incorporado 7 socios nuevos de los cuales 5 son hombres y 2 mujeres, repartidos 3 varones en la provincia de Albacete y los cuatro restantes en Cuenca.

C) Incentivo del empleo en sectores especialmente afectados por la crisis.

También se concederán ayudas para la contratación indefinida inicial en aquellos sectores que en la actualidad están sometidos a procesos de ajuste y que en estos momentos se encuentran en situación de desempleo. Entendemos que uno de los sectores especialmente afectados será el de la construcción.

Para ello se han realizado estudios de mercado y campañas para la promoción local, cuyas entidades beneficiarias en el año pasado han sido ayuntamientos, asociaciones y mancomunidades locales, con el fin de estudiar propuestas viables de negocio y nuevos yacimientos de empleo⁷. Es curioso ver que los nuevos yacimientos de empleo en la región versan principalmente en el sector de la dependencia en concreto las solicitudes de ayuda están solicitadas por asociaciones que prestan ayuda a personas con especiales necesidades por las patologías que sufren, es el caso de los enfermos de fibromialgia, fatiga crónica, Alzheimer, demencias seniles, Parkinson, patologías degenerativas. Estos nuevos yacimientos de empleo han creado 16 puestos de trabajo, 14 para mujeres y 2 para hombres, 14 en la provincia de Albacete y 2 en Cuenca.

En tercer lugar, se establecen acciones transversales y de acompañamiento donde se pretende que el Servicio Público de Empleo adopte un papel más activo en su intervención, en el sentido que no se limite únicamente a ofertar subvenciones sino que se impregne en su actuación del resto de las políticas activas que se desarrollan, a través de una intervención más activa para alcanzar, en definitiva, mayor calidad en el empleo a través de las contrataciones indefinidas, la estabilidad de las plantillas, la incorporación del principio de igualdad, el apoyo a la conciliación, la prevención y el uso de los servicios públicos en la promoción del empleo.

2.3. Políticas de Igualdad de oportunidades

El impulso al principio de igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida social y especialmente en el del empleo es una constante en las políticas activas de empleo europeas y nacionales, como forma de lograr un empleo de calidad⁸.

En el Plan que estamos comentando, los objetivos estarán dirigidos a eliminar cualquier discriminación que impida el acceso a la formación en igualdad de condiciones al empleo, a la promoción, retribución igualitaria por razón de sexo, religión, raza, ideología, edad, discapacidad u orientación sexual porque en definitiva, la formación y el empleo son el mejor camino para alcanzar la igualdad.

También se quiere tener en cuenta los trabajadores que viven en zonas rurales con escasa densidad de población con bajos niveles de renta y consumo, muy dependientes del sector primario y con poca capacidad real de mercado, de crear oportunidades de empleo.

Se pretende ofrecer una posibilidad a aquellas personas que se encuentran en una situación de desempleo de larga duración, en particular a los de mayor edad, las mujeres, las personas con bajos niveles de cualificación, que tienen responsabilidades familiares y a aquellas alejadas del mercado laboral. También a las personas discapacitadas⁹.

Las medidas de carácter transversal para poder llevar a cabo estos objetivos son las siguientes: planes de empleo; acciones especiales de empleo; programas experimentales para la Inserción Laboral de personas alejadas del mercado laboral; itinerarios personalizados de inserción; planes integrados de atención a trabajadores y trabajadoras procedentes de sectores sometidos a ajustes; programas experienciales para demandantes con especiales dificultades (Cheque-Empleo). Este último programa pertenece al Plan por el Empleo de la Mujer diseñado por las organizaciones empresariales y sindicales en el ámbito del Acuerdo por el Empleo 2004-2007. Este acuerdo deriva de la Estrategia europea por el empleo con la finalidad de facilitar la inserción en el mercado de trabajo tras un periodo de inactividad. Consiste en la dotación de un título nominativo emitido por el Servicio Público de empleo de Castilla la Mancha donde se acredita que las titulares del mismo reúnen los requisitos de profesionalidad y antigüedad en la demanda de empleo, y además recoge un incentivo a la contratación de las titulares del cheque empleo. Este mecanismo tiene una doble finalidad, en primer lugar apoyar a la mujer portadora del cheque empleo para posibilitar su inserción laboral con la intención de avanzar hacia un mercado más igualitario en el que hombres y mujeres estén representados en proporciones similares y por otro incentivar a la empresa a la contratación a través de la bonificación económica¹⁰.

Para poder ser portadora del cheque - empleo se deberá reunir una serie de requisitos: ser mujer, estar inscrita en la oficina de empleo con una antigüedad, en el momento de formular la solicitud de al menos 12 meses, tener una mínima cualificación profesional que facilite el acceso al trabajo (graduado escolar, certificado de profesionalidad o especialidad formativa de Formación Profesional Ocupacional, u otras de mayor grado) o, en su defecto, experiencia profesional, y estar disponible para trabajar. Podrán ser titulares de un Cheque Empleo sin necesidad de cumplir estos requisitos las siguientes excepciones: mujeres

que hayan sido víctimas de violencia doméstica, mujeres que padezcan alguna discapacidad reconocida, mujeres emigrantes que hayan vuelto del extranjero en los seis meses anteriores a la solicitud del cheque, mujeres mayores de 45 años.

En este sentido y para garantizar la operatividad de la medida, la mujer titular de un cheque Empleo debe estar dispuesta a una “búsqueda activa de empleo para lo cual contará, además de con los servicios genéricos que a este fin destina el Servicio Público de Empleo, con orientación específica acerca de empresas que ya han manifestado su deseo de participar en este programa; participar en las acciones de formación o apoyo a la búsqueda de empleo que le propondrá el SEPECAM con objeto de favorecer y agilizar su inserción laboral; aceptar la colocación que le sea ofrecida si ésta se adapta a sus características profesionales y situación familiar. Así mismo “podrán beneficiarse de las ayudas a la contratación de mujeres titulares del Cheque Empleo empresas o entidades sin ánimo de lucro de la Región que formalicen un contrato laboral con las titulares del Cheque, antes de transcurrir doce meses desde la expedición o renovación del mismo y siempre que la relación laboral se mantenga de forma interrumpida por al menos 12 meses”¹¹.

Existe un plan específico para potenciar el empleo de personas con discapacidad, que se concreta en cuatro líneas de actuación y consisten en: la potenciación de la formación de las personas con discapacidad para favorecer la empleabilidad, la promoción de la contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, diseñando políticas activas de empleo adaptadas a sus necesidades y crear centros especiales de empleo para impulsar el empleo protegido así como adoptar una serie de medidas que permitan impulsar el tránsito del empleo protegido al ordinario¹².

2.4. Empleo basado en la formación y la cualificación.

En este terreno existe una cierta tradición de acuerdos sociales en Castilla - La Mancha, puesto que la formación profesional ocupa un lugar fundamental en la cualificación de los trabajadores. Así se contempló en el Acuerdo por el empleo 2004-2007, donde los agentes sociales se plantearon mejorar la formación para el empleo (ocupacional y continua) a través del Observatorio de Mercado de Trabajo, además de una oferta de formación propia y un formación profesional para la cualificación y para la inserción laboral directa. En esta línea continúa el Pacto para la Competitividad y el Desarrollo de Castilla - La Mancha 2005-2010, que recoge la necesidad de promover la formación profe-

sional para el empleo como un derecho de los trabajadores y como una necesidad del sistema productivo.

En este pacto se pretende facilitar el acceso a la formación profesional a aquellos colectivos que no han utilizado estos servicios de formación ni cualificación por sus características personales y familiares tales como, mujeres de familias con menores o personas dependientes, personas con discapacidad o inmigrantes y personas que viven en zonas rurales de baja densidad de población¹³.

También se pretende fomentar la formación dirigida a la población ocupada, a través de una estrategia consensuada por los agentes sociales.

Todos estos objetivos se pretenden conseguir a través de una serie de medidas como:

- Las acciones formativas vinculadas directamente al empleo o a la inserción profesional.

- Las acciones de formación para la obtención de certificación profesional y otra oferta formativa vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

- Programas para jóvenes que abandonan de forma prematura el sistema educativo sin titulación.

- Programa de formación en alternancia en sectores profesionales no tradicionales.

- Acciones de formación dirigidas a empresas o grupos de empresas que operan en nuevos sectores, contribuyen a la diversificación y modernización de nuestro modelo productivo o tiene un valor añadido contrastable para el desarrollo regional.

- Acciones de formación específicamente dirigidas a microempresas y trabajadores y trabajadoras autónomas.

- Dispositivo regional para el reconocimiento de competencias profesionales.

- Estudios, investigaciones y otras acciones de acompañamiento a la formación y a la formación de demanda.

- Regulación de la red regional de centros de formación para el empleo.

- Acciones formativas que permitan a los jóvenes profesionalmente cualificados el acceso a un primer empleo en la especialidad para la que se han formado.

- Formación planificada para el desarrollo estratégico de la región.

- Acciones formativas dirigidas a colectivos con especiales dificultades, al ámbito rural y a zonas urbanas con especiales características que dificulte la integración social.

- Acciones para promover contratos de formación para jóvenes menores de 21 años, sin titulación ni cualificación profesional, en sectores artesanos y manufactureros.

Una de las acciones más importantes de los servicios públicos de empleo va a ser la formación en su doble vertiente: para personas desempleadas y ocupadas.

Siguiendo las directrices de la Ley Orgánica 5/2002 sobre cualificaciones se pone de manifiesto la necesidad de asesorar e informar sobre las ofertas de formación existentes así como la necesidad de articular itinerarios formativos para facilitar la inserción y reinserción laboral, así como la movilidad profesional a través de la cualificación¹⁴.

El número de ciudadanos que están recibiendo formación es muy elevado, los datos del primer trimestre del 2010 así lo indican, en la medida que están recibiendo formación 5.235 personas de las cuales el 55% son mujeres y el 45% hombres.

Los cursos formativos de mayor demanda son los relacionados con la “Administración y gestión” al que le siguen los relacionados con los “Servicios socioculturales y a la comunidad”, “Informática y comunicaciones”, “Transporte y mantenimiento de vehículos”, “sanidad”, “Imagen personal” y “Energía y agua”.

Hay que destacar que las familias profesionales escogidas principalmente por hombres han sido las relacionadas con el “Transporte y el mantenimiento de vehículos”, las que tienen que ver con la “Informática y comunicaciones”, las de “Administración y gestión”, las de “Energía y agua” y por ultimo las de “Edificación y obra civil”, en este orden, de manera que se siguen manteniendo los roles de trabajo propiamente masculinos. En sentido contrario, los cursos mayoritariamente realizados por las mujeres han sido, en orden de preferencia, los relacionados

con la “Administración y gestión”, los “Servicios socioculturales y a la comunidad”, “Sanidad”, “Informática y comunicaciones” e “Imagen personal”.

Estas políticas de información y formación se plasman a nivel autonómico en el II Plan de Formación Profesional de Castilla - La Mancha con el objetivo de coordinar medidas de carácter regional para todos los servicios y recursos existentes con el fin de proporcionar una respuesta adecuada a todos los ciudadanos cualquiera que sea su circunstancia: estudiantes, trabajadores o ciudadanos en búsqueda de empleo.

Para ello se han puesto en marcha numerosas medidas como son la elaboración de un mapa de recursos y dispositivos para la orientación¹⁵; creación de un portal regional de orientación profesional; elaboración, intercambio y difusión de información, recursos y dispositivos de apoyo a los orientadores; elaboración de protocolos de atención y derivación de las personas usuarias; establecimiento de programas de formación del personal técnico de orientación articulación de los programas y servicios de información y orientación profesional para el empleo; desarrollo de programas de orientación para el autoempleo; impulso de los programas de orientación dirigidos a los colectivos más alejados del mercado del trabajo; participación de los servicios de orientación en los procesos de acreditación de competencias profesionales, así como la atención individualizada a través de los orientadores a todos aquellos trabajadores que se han visto afectados por situaciones coyunturales o estructurales de crisis en el sector, pérdida de empleo, recolocación, etc..

No obstante y pese al esfuerzo en materia de formación las ofertas de empleo en el primer trimestre del 2010 son mayoritariamente ocupaciones de actividades poco cualificadas como las siguientes: “peón de obras públicas”, “peón de la construcción de edificios”, “empleo administrativo”, “personal de limpieza”, “electricista de mantenimiento y reparación”, “peón de industria manufacturera”, “peón agrícola”, “albañil”, “peón agrícola, jardinería”, y “trabajador forestal”. Estos perfiles nos dan muestra de la estructura del mercado de trabajo actual en Castilla-La Mancha.

Con estas políticas de formación se cumplen las directrices establecidas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, “previando la existencia de acciones formativas que garanticen la adquisición de competencias por los trabajadores o que les permita formarse en otros sectores económicos distintos a aquel en que despliegan su actividad, anticipándose o reaccionando así a eventuales situaciones de crisis que

puedan darse en algún sector contribuyendo a impulsar de esta manera la libre circulación de trabajadores”¹⁶.

2.5. Un servicio público de empleo de calidad

El Servicio Público de empleo se concibe como un instrumento necesario para un mercado de trabajo transparente, igualitario e inclusivo con una serie de medidas destacadas para poder conseguir los objetivos de este plan entre las que se encuentran, el desarrollo de un plan de inversiones para el periodo comprendido desde el 2008-2011 que se concreta en el Plan de Modernización tecnológica del SEPECAM, para hacer más eficaz, próximo y accesible el servicio de intermediación y búsqueda de empleo de trabajadores y trabajadoras.

La mejora del servicio público de empleo también hace referencia a los recursos humanos, materiales y tecnológicos que lo componen, para ello se define un plan de formación por competencias dirigido al personal del servicio así como una revisión de los diferentes procedimientos y servicios, como por ejemplo el de clasificación de las personas demandantes de empleo, o el servicio realizado para aproximar la administración a las empresas a través del asesoramiento y autorización directa en la captación, selección o formación de los trabajadores y trabajadoras. De esta manera se pretende consolidar y aumentar la presencia del servicio público de empleo en el tejido empresarial de Castilla - La Mancha.

En este momento de crisis, el servicio público de empleo prevé mecanismos de atención y respuesta de los trabajadores y trabajadoras en coordinación con la Dirección General del Trabajo para los que estén afectados por expedientes de regulación de empleo, informándoles, orientándoles y asesorándoles sobre los distintos mecanismos y servicios de fomento de la empleabilidad que este servicio dispone.

Para ello se encuentran los orientadores laborales, técnicos de empleo y agentes locales que informarán de las opciones formativas, programas de empleo y autoempleo que el SEPECAM tiene vigente en cada momento.

2.6. Políticas basadas en la igualdad y conciliación

Al igual de lo que ha pasado en el resto de España, en Castilla - La Mancha, se ha producido una incorporación gradual de la mujer al

mundo laboral, incorporación especialmente acentuada en los últimos 10 años. No obstante, esta tendencia no se ha visto acompañada de una igualdad en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres, de manera y en comparación con esta distinción, las tasas de actividad y empleo siguen siendo demasiado bajas con respecto a los hombres, así como las elevadas tasas de desempleo y temporalidad. Es por ello que podemos afirmar que la igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo el objetivo de cualquier política de empleo.

En este sentido, el Pacto por la Competitividad y Desarrollo en Castilla - La Mancha incorpora como uno de sus objetivos principales el incremento de la actividad y el empleo de las mujeres de una parte, y de otra una serie de medidas a favor de la vida laboral, familiar y personal.

Las primeras se traducen en una serie de acciones como son, la participación mínima de mujeres en el conjunto de programas de políticas activas de empleo; promoción de la contratación inicial indefinida de las mujeres, a través de una mayor cuantía de la subvención o bien a través de convocatorias específicas; participación en itinerarios personalizados de inserción laboral o de orientación individualizada, a partir de las oficinas de empleo, para todas las mujeres demandantes de empleo, antes de que transcurran seis meses desde su inscripción, así como para todas las mujeres después de transcurridos doce meses, sobre todo, para los mayores de 45 años¹⁷; establecer protocolos de actuación personalizada, a partir de las oficinas de empleo, para las mujeres que han sido víctimas de violencia de género¹⁸.

En el año 2009, los expedientes solicitados se pueden dividir en cuatro grupos: ayudas para gastos por servicios de atención a menores, reducción de jornada, excedencia y suspensión contractual.

En relación a las ayudas para gastos por servicios de atención a menores, se tramitaron en Albacete 8 solicitudes y se concedieron 7, en la provincia de Ciudad Real 2, en Cuenca 3, en Guadalajara 8 y en Toledo, 9.

En el caso de ayudas para reducción de jornada, en la provincia de Albacete 3, en Ciudad Real y en Toledo 1.

Las ayudas para excedencias /suspensión contractual, sólo se solicitaron 2 en Toledo que fueron concedidas. En total de la comunidad autónoma fueron 35 las ayudas concedidas con un importe de 22.284,19 euros.

Estos datos nos demuestran que las ayudas más solicitadas han sido las de gastos en servicios de atención a menores seguidos muy de lejos por la reducción de jornada. Esto es lógico si tenemos en cuenta que estas mujeres se encuentran en muchas ocasiones solas y con la responsabilidad laboral y personal del cuidado de sus hijos.

En cualquier caso, el Servicio Público de Empleo derivará, de forma prioritaria, a aquellas mujeres con especiales necesidades de mejora de la empleabilidad a acciones en las diferentes políticas activas de empleo.

En el segundo bloque de medidas relacionadas con la Conciliación de la vida laboral, familiar y personal, se recogen ayudas a las trabajadoras y trabajadores destinados a cubrir los gastos originados por el cuidado de menores; ayudas para los trabajadores y trabajadoras, destinadas a compensar la pérdida de ingresos por reducción de jornada, excedencia, ausencias extraordinarias y justificadas o suspensión voluntaria de contratos en razón de las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral; ayudas a trabajadoras desempleadas para sufragar gastos originados por el cuidado de menores, cuando participan en programas de formación y/o empleo; ayudas a las empresas para la contratación de trabajadoras para la sustitución de aquellas personas que se hubieran acogido a los derechos que tiene reconocidos en materia de conciliación, reducción de jornada, excedencia o permiso de maternidad y/o paternidad; ayudas para trabajadoras autónomas o empleadoras, para la contratación de una trabajadora desempleada que la sustituya durante su ausencia por razón de maternidad, adopción, acogimiento; ayudas para las empresas o entidades sin fin de lucro, para la creación de empleos, empresas o servicios dentro de las empresas, especializados en la prestación de servicios relacionados con la conciliación; promoción para la elaboración e implementación de planes de conciliación y de igualdad dentro de las empresas, en especial de las Pymes; acciones de formación, información y sensibilización dirigidas a personal directivo, responsables de recursos humanos, representantes empresariales y sindicales, así como personal funcionario de los servicios de públicos en materia de igualdad; elaboración y difusión de campañas de comunicación en los medios, dirigidas a promover cambios en la organización del trabajo en la empresa y una más justa distribución de las responsabilidades familiares y domésticas entre hombres y mujeres.

Las estadísticas nos indican que también los hombres se están acogiendo a este tipo de ayudas tanto de reducción de jornada, excedencias o suspensión. En relación con la reducción de jornada, en Albacete

se concedieron 11 ayudas solicitadas por hombres de un total de 313, en Ciudad Real 11 sobre 306, en Cuenca 3 de 108, en Guadalajara 15 de 359 y en Toledo 19 de 632. En total en toda la región 59 de 1.718, es decir el 3,43%.

En materia de excedencias y suspensiones contractuales, en Albacete fueron 6 hombres los que solicitaron las ayudas de un total de 159, en Ciudad Real 3 de 86, en Cuenca 5 de 52, en Guadalajara 4 de 81 y Toledo 3 de 143. Un total de 21 frente a los 521 de las solicitudes concedidas en la región, lo que representa el 4,03%.

Se puede concluir que las peticiones de reducción de jornada aunque han sido más numerosas que las excedencias o suspensiones en valor comparativo, la proporción es menor. Se puede afirmar que las ayudas siguen siendo solicitadas por mujeres en la mayoría de las ocasiones.

También existen ayudas para poder solicitar reducción de jornada y excedencias y suspensión contractual, en el caso de cuidado de familiares enfermos. En este caso no hay datos sobre si la solicitud se ha hecho por trabajadores o trabajadoras. Las cifras nos indican que el total de peticiones concedidas en la región han sido 37, 20 para reducción de jornada y 17 para excedencia y suspensión contractual. De las 20 solicitudes para reducción de jornada, 5 han sido concedidas en Albacete, 3 en Ciudad Real, 2 en Cuenca, 3 en Guadalajara y 7 en Toledo. De las 17 solicitudes para excedencias y suspensión contractual, 4 se han concedido en Albacete, 2 en Ciudad Real, 1 en Cuenca, 4 en Guadalajara y 6 en Toledo.

2.7. Crecimiento y productividad.

Como ya se ha señalado, uno de los objetivos principales de este plan es alcanzar la calidad en el empleo, a través de las distintas variantes que lo componen. En este caso hace referencia a la potenciación del tejido industrial como elemento fundamental para la creación de empleo y productividad.

En una economía globalizada y cada día mas competitiva debemos poner en valor los recursos locales y humanos y las posibilidades de creación de empleo en torno a los nuevos sectores emergentes como pueden ser los relativos a las nuevas tecnologías de la comunicación, las energías alternativas, la sociedad de la información o los servicios

ligados a las personas y las necesidades que se han recogido en la base al desarrollo de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre sobre la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Con esto se pretende incrementar la empleabilidad de los trabajadores y trabajadoras en desempleo y por otra aumentar el desarrollo de la productividad y competitividad de nuestra región, teniendo en cuenta las preocupaciones sociales, económicas y medioambientales en sus operaciones empresariales y en las relaciones con los interlocutores del entorno.

Otro de los objetivos es fomentar el autoempleo para favorecer el desarrollo del espíritu emprendedor de los hombres y mujeres de la región.

Para llevar a cabo estos objetivos se prevén distintas medidas como el fortalecimiento del desarrollo local a través de la coordinación y los agentes de empleo para promover proyectos de detección y puesta en valor de recursos humanos capaces de generar actividad económica y empleo, así como fomentar su compromiso con los objetivos de crecimiento y creación de empleo propios del Servicio Público de Empleo. Para ello, el Servicio Público de Empleo establecerá un plan anual de trabajo, con objetivos cuantitativos, para los agentes de empleo y desarrollo local y un plan regional coordinado desde las oficinas de empleo y de los servicios provinciales.

Se prevén dotaciones a las entidades locales unas ayudas para la elaboración de estudios e informes sobre los mercados locales, las nuevas oportunidades de empleo y los sectores emergentes de cada territorio. También se diseñan ayudas para la realización por parte de las entidades locales, de campañas y acciones para la difusión de ofertas locales o la captación de recursos e inversiones externas.

Otra de las medidas a adoptar será la dotación de ayudas a pequeñas y medianas empresas de Castilla - La Mancha, para la incorporación de personal investigador, de innovación, tecnólogos y/o gerentes de la innovación, subvencionando la contratación de demandantes de empleo, así como el apoyo a la creación de empleo estable y de calidad en los nuevos yacimientos de empleo en los sectores emergentes, que antes se han mencionado¹⁹.

En este sector se potencia asimismo el Trabajo autónomo individual y colectivo. En cuanto a las medidas adoptadas para la promoción del mismo, podemos destacar las siguientes, la elaboración de programas formativos para el fomento del espíritu emprendedor en general y en

particular para los estudiantes de Castilla - La Mancha; favorecer el acceso a desempleados que pretendan establecerse como autónomos a cursos de formación para el empleo ocupacional; impulsar la participación de los trabajadores en las acciones de formación continua, adaptadas a las necesidades de la pequeña y mediana empresa, del trabajo autónomo o de las empresas de economía social; difusión de la formación específica en prevención de riesgos laborales a los autónomos; consolidar las líneas de ayudas al fomento del autoempleo, especialmente dirigidas a mujeres, jóvenes y personas con discapacidad; favorecer la creación de programas de cooperación entre autónomos con la finalidad de potenciar la dimensión estructural de sus empresas; impulsar acciones de favorecimiento sobre la sucesión y continuidad de la actividad, dirigida a autónomos mayores de 55 años; impulsar la línea de ayuda para el fomento de inserción laboral de un familiar, que conviva con el autónomo, titular de la actividad económica, a título de autónomo colaborador; se establecerán ayudas para la adquisición, adaptación, sustitución o renovación, tanto de maquinaria y equipos de trabajo, como de instalaciones técnicas, que redunden en mejoras efectivas de las condiciones de seguridad de los autónomos.

Parece que las medidas están teniendo un efecto positivo puesto que en el mes de mayo de 2010 ha habido una afiliación de la Seguridad Social de 149.313 trabajadores en el régimen especial de autónomos, en concreto, en la provincia de Albacete 29.563, en la de Ciudad Real, 35.684, en Cuenca, 48.897, en Guadalajara, 14.200 y en Toledo 49.86320.

2.8. Seguimiento

Para que este Plan se pueda llevar acabo de manera efectiva se tendrá un ámbito temporal de seis años de duración con una evaluación intermedia en el primer semestre del 2011 de donde se podrá extraer una valoración objetiva con la perspectiva que las circunstancias y su desarrollo permitan. De esta manera se podrán detectar los puntos débiles y las fortalezas en su ejecución y puesta en marcha. Determinados eventos sin embargo pueden obstaculizar el control de su aplicación y su propia eficacia, dados los recortes presupuestarios que se están produciendo.

En función de los resultados se podrá hacer una redefinición de las medidas y programas propuestos para adaptarse a su vez a las circunstancias del mercado de trabajo y al impacto que las medidas pudieran

haber producido y conseguir de esta manera el objetivo principal de este Plan y de todas las medidas que lo integran.

En principio no podemos determinar si seguirá habiendo reducción en las partidas públicas destinadas a las políticas de empleo, en cualquier caso ya a habido un recorte muy importante con el Real Decreto del 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público²¹.

Para ello se establecerá una Comisión de Coordinación y Seguimiento del Plan, constituida por la Consejería de Trabajo y Empleo y los interlocutores sociales, que se reunirán al menos, una vez al año para estudiar el análisis y seguimiento de su evolución.

3. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE CHOQUE

Desde la puesta en marcha del Plan de Crecimiento y Consolidación han surgido nuevas circunstancias que han provocado la adopción de medidas específicas para intentar paliar los efectos de la crisis financiera mundial y en especial, en Castilla-La Mancha.

El Plan de Choque es fruto del diálogo entre el gobierno regional y las organizaciones empresariales, sindicales y otras fuerzas políticas, con el fin de dar respuestas eficaces y rápidas a la actual situación económica²². En concreto, trata de crear un conjunto de medidas y acciones para atender de forma inmediata a las personas afectadas más directamente y que han perdido sus empleos y agotado su cobertura de protección. Estas acciones van dirigidas concretamente a los pequeños y medianos empresarios, a los trabajadores autónomos y, de forma muy especial, a los trabajadores que, además de perder su empleo, han agotado su prestación o subsidio por desempleo. Con este plan se les ofrece un contrato de trabajo, un salario, orientación laboral y formación adecuada a sus necesidades.

En líneas generales, las personas beneficiarias de este plan serán, aquellos demandantes de empleo, no ocupados, que estén inscritos en una Oficina de Empleo de Castilla - La Mancha y que a partir de 1 de enero el 2008 hayan quedado en situación legal de desempleo, iniciando a partir de esas fechas una prestación o subsidio por desempleo y se

encuentren en las siguientes circunstancias: haber agotado la prestación por desempleo a nivel contributivo y haber tenido derecho al subsidio por desempleo; y haber agotado el subsidio por desempleo.

En este Plan también incorporan como beneficiarios a los trabajadores autónomos no ocupados, y que estén inscritos en una Oficina de Empleo de Castilla - La Mancha. Esta es una medida importante porque existe un elevado número de autónomos que han sido especialmente afectados por el sector de la construcción.

Para poder obtener la condición de beneficiarios necesitan la obtención de la llamada Credencial de Empleo, que consiste en un documento nominativo emitido por el SEPECAM, que les acredita como beneficiarios de este plan.

Las medidas del Plan de Choque que como su nombre indica sirven para paliar de manera inmediata situaciones en muchas ocasiones extremas, consisten en fomentar la contratación, mediante la concesión de subvenciones a las entidades y empresas, que suscriban un contrato de trabajo con quienes posean la Credencial de Empleo, a la que antes hemos hecho referencia, y por otra parte el acceso a la formación de estas personas, considerándoles colectivo prioritario para su incorporación a las acciones formativas que estén en vigor y posibilitándoles su incorporación a las acciones de formación mas empleo que se regulan en este Decreto.

La duración de este contrato es de seis meses, para poder tener derecho a la prestación por desempleo, y tendrán un sueldo de 624 euros al mes, cantidad que coincide con el Salario Mínimo Interprofesional de 2010. Los contratos que realice la Administración (Ayuntamientos, Diputaciones, los Órganos de la Administración de la JCCM y sus organismos adscritos o dependientes y las empresas públicas de la Junta) serán a tiempo parcial con un 70% de jornada, y el 30% restante se les ofrecerá acciones formativas y con la modalidad de contratación que mejor se ajuste a las actuaciones concretas. Para las empresas privadas y entidades sin ánimo de lucro, se exige la contratación a jornada completa.

Los datos nos indican que un total de 12.082 trabajadores desempleados de Castilla – La Mancha han sido contratados a través del Plan de Choque por el Empleo y ha permitido la concesión de un total de 17.438 credenciales de contratación, de las cuales, 10.256 han sido destinadas a hombres, lo que constituye el 60 % del total y 7.182 a mujeres. La justificación de que haya más credenciales que contratos estriba en

que la obtención de la credencial da prioridad de contratación a través de la Acción Autonómica por el Empleo, para aquellos trabajadores con credencial que no hayan resultado contratados ni tengan derecho a los 420 euros del Gobierno central.

También se puede destacar que el Plan de Choque para el Empleo se puede definir como un plan joven, puesto que el 52 % de los trabajadores contratados han sido jóvenes menores de 30 años.

Hay que indicar también como dato importante que han sido los organismos públicos los que han dado cobertura a este programa puesto que las empresas privadas no han impulsado estas contrataciones, pese a las subvenciones a las que tienen acceso²³. Sólo hay que fijarse en los datos oficiales para observar que han sido los ayuntamientos de la región en concreto 666, los que se han sumado al Plan de Choque, lo que conforma el 72% del total. Si lo desglosamos por provincias han sido 81 ayuntamientos de Albacete, 101 de Ciudad Real, 162 de Cuenca, 133 de Guadalajara y 189 de Toledo.

4. CONCLUSIONES

Los esfuerzos que en la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha se han ido desplegando mediante una utilización consciente del dialogo social como medio de “gobierno” de la situación desfavorable desde el mercado de trabajo, lo que se ha manifestado en los dos importantes instrumentos analizados, el Plan por el Crecimiento, la Consolidación y la Calidad en el empleo (2009-2013), en primer lugar, y el complemento o concreción del mismo en el Plan de Choque posterior. En este sentido, se aprecia una cierta capacidad de atención autónoma y diferente de las prácticas que se han llevado a cabo en el nivel estatal, en donde no ha resultado posible el acuerdo social sobre las políticas de empleo, la región castellano manchega, por otra parte, he optado por unos contenidos “clásicos” en el descubrimiento de las medidas activas de empleo, sin que resulte posible señalar una especialidad singular de la aproximación elegida a la hora de regular el mercado de trabajo. Posiblemente porque poderes públicos y agentes sociales entienden que un enfoque conjunto de medidas directas y de estímulo es el más acertado.

Es sin embargo evidente que la actuación de las comunidades autónomas en materia de empleo están directamente condicionadas por los avatares que sufra la política estatal en estos mismos puntos. Se puede por tanto señalar que aún sin llegar a un acuerdo social a nivel estatal que merecerá líneas de actuación en materia de empleo, existía una orientación de la misma, proveniente de los acuerdos –y desde la reforma del 2006 que posibilitaban una cierta orientación el empleo estable y de calidad en cuya en cuya se inserta la política de empleo de CLM.

Sin embargo, es evidente que se ha producido un giro importante en la política estatal a partir de la aprobación del RDL 8/2010- a cuya repercusión en cuanto a recorte de gasto social se ha hecho alusión en el texto- y muy especialmente, con la quiebra definitiva del dialogo social, en junio del 2010 y la promulgación del muy controvertido RDL 10/2010 que ha sido rechazado por los sindicatos y han convocado huelga general para el 29 de septiembre.

El cambio de orientación de la política a nivel estatal no ha repercutido, por el momento, en la delimitación de las políticas de empleo en CLM, pero seguramente incidirán en una nueva situación en la que sea difícil mantener la misma perspectiva concertada que los planes de citados instauraba. De esta manera, la etapa descrita en este texto es muy significativa de una cierta percepción de la relación entre el derecho, la política y la economía al servicio de lo que se define como un interés público “nivelado” socialmente, y no como pura expresión de intereses económicos de parte que buscan ante todo debilitar y dejar sin efecto las garantías jurídicas sobre el empleo.

En todo caso, hay que recordar que existen momentos de crecimiento económico donde no se produce una creación de empleo proporcional a esta situación y en nuestro sistema, la precariedad laboral, en términos de temporalidad, es una constante que provoca una inestabilidad laboral real²⁴. Hay que tener cuidado con la creación de un espejismo temporal de bonanza que desaparece en un instante, puesto que no está sustentado en un equilibrio real entre las fuerzas de trabajo, ni en un tejido productivo y económico sólido²⁵.

Si esto es así, hay algo en el modelo productivo que no funciona y que conviene modificar. La solución ante la situación actual deberá buscarse en las causas que han ocasionado esta la crisis y que nada tienen que ver con el ordenamiento laboral. Mientras esto no suceda, la Administración Pública, en un Estado social y democrático de Derecho, deberá intervenir para evitar situaciones de injusticia social a través, entre otras actuaciones, de las políticas de empleo²⁶.

NOTAS:

1 “La causa fundamental que justifica la aparición y utilización de la política de empleo es la lucha contra el desempleo”, Sobrino González, G.M., La política de Colocación, Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, p. 28.

2 Este año coincide con la finalización de su aplicación porque es la fecha en la que se prevé que acabará la dotación del Fondo Social Europeo a Castilla - La Mancha como región de Convergencia, a través del Programa Operativo Regional de Fondo Social Europeo (2007-2013).

3 Hay que decir que el Plan por el Crecimiento, la Consolidación y la Calidad del Empleo en Castilla-La Mancha, recoge acuerdos y objetivos plasmados en otros acuerdos como en de la Competitividad y el Desarrollo, para desarrollar, el Plan regional para la conciliación de la Vida Laboral, Familiar y Personal., tal y como se acordó con los agentes sociales en el 2007, o fomentar la cultura igualitaria en el mercado de trabajo, en concreto entre hombres y mujeres, y promover la estabilidad en el empleo, reducir de forma razonable la temporalidad excesiva, propiciando la contratación indefinida inicial de los trabajadores, en particular de jóvenes, mujeres y de inmigrantes.

4 No hay que olvidar que en un primer momento el objetivo de este plan era reducir la precariedad de los trabajadores, porque empezó a forjarse cuando aún no nos encontramos inmersos en la crisis, pero a partir de ese momento hubo de cambiar su enfoque y dirigirlo hacia el freno de las salidas de empleo.

5 Para ello se elaboró el Acuerdo estratégico para la prevención de Riesgos Laborales en Castilla - La Mancha 2008-2012, en Toledo, a 24 de abril de 2008. Junto con este acuerdo se desarrollan planes específicos como el Plan Reduce, consistente en un programa de vigilancia y control en empresas y dirigido a la reducción de la siniestralidad laboral, a través de actuaciones de asesoramiento continuo y tutelado, realizados por técnicos de prevención de la Dirección General de Seguridad y Salud laboral.

Podemos citar también el Plan Prevea que la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha pone en marcha para reducir los accidentes laborales en la región. Este programa es voluntario. Podemos afirmar que el balance de estos programas específicos y enmarcados en el Acuerdo estratégico antes citado, está siendo un éxito por la reducción de accidentes y la participación e implicación de las empresas.

A tenor de los datos extraídos de las estadísticas, en el año 2009, se ha reducido la siniestrabilidad en un 35,7% con respecto al año anterior, en concreto, 4.000 accidentes menos.

6 Para ello se ha puesto en marcha un Plan Regional de Fomento del Autoempleo de Castilla - La Mancha para el periodo 2005-2010, en el marco del Acuerdo por el Empleo y del Pacto por el Desarrollo y la Competitividad de Castilla - La Mancha.

7 De las 18 entidades beneficiarias, 10 pertenecen a la provincia de Toledo, 6 a Ciudad Real, una para Cuenca y otra a Guadalajara, se tratad e estudios sobre proyectos de ecoturismo y construcción de segundas viviendas en el ámbito rural.

8 Para alcanzar la necesidad que plantea la Agenda Social 2005-2010, como documento de apoyo a la Estrategia Europea de Lisboa para el pleno empleo, de crear un mercado laboral integrador, debemos incluir como principio transversal el principio de igualdad de oportunidades en cualquiera de sus vertientes y desarrollado por el Consejo de Europa en dos directivas:

Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 29000, que aplica el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación profesional, la educación o las prestaciones sociales.

Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, que aplica el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios.

9 Junto a la estrategia global y transversal del Plan por el Crecimiento y la Consolidación y la Calidad del empleo en Castilla - La Mancha, que estamos analizando, existe un plan específico denominado Estrategia Regional para el empleo de personas con discapacidad en Castilla La Mancha (2008-2012), que recoge de manera específica y efectiva, las medidas dirigidas a la incorporación real de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

10 La cuantía de la subvención que cobrará la empresa que establezca una relación laboral con una mujer portadora del Cheque Empleo, cumpliendo las condiciones hasta aquí mencionadas, asciende a 3.000 euros. Se establecen las siguientes excepciones: cuando la titular del Cheque Empleo sea una mujer víctima de violencia doméstica, afectada por discapacidad reconocida, emigrante retornada a Castilla-La Mancha, o mayor de 45 años la subvención se incrementa hasta los 6.000 euros. La subvención se incrementará hasta 7.000 euros si

la entidad contratante suscribiera un contrato indefinido con la titular del Cheque Empleo y hasta 9.000 euros cuando la mujer contratada indefinidamente pertenezca a alguno de los cuatro colectivos prioritarios ya mencionados.

11 Plan de Choque frente al desempleo en Castilla - La Mancha

12 La Estrategia regional para el empleo de personas con discapacidad en Castilla -La Mancha, es la iniciativa elaborada a través del trabajo conjunto con los responsables de los Centros especiales de empleo de las comunidades autónomas, las asociaciones integradas en el Comité español de representantes de minusválidos (CERMI), así como con sindicatos y empresarios, dentro de la mesa de diálogo social.

13 Para desarrollar este punto se ha aprobado recientemente el II Plan de Formación Profesional para Castilla - La Mancha, desarrollado a través del Pacto de la Competitividad y desarrollo en el ámbito de la formación y la cualificación, considerando a la formación profesional como un objetivo estratégico para Castilla - La Mancha. Todas estas medidas deben preverse al amparo de la normativa básica estatal del Real Decreto 395/2007 de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, pero también de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

14 Así viene recogido en el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000.

15 Para ello el SEPECAM cuenta con las Oficinas de Empleo, lo Agentes de Empleo y Desarrollo Local (AEDL) y la Red de Orientación Profesional para el Empleo (Acciones OPEA), como recursos del SEPECAM, donde los ciudadanos pueden acudir para recibir orientación y asesoramiento en la búsqueda de empleo.

16 Disposición de motivos del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

17 Se prestará especial atención a los itinerarios dirigidos a ocupaciones con mayor capacidad de creación de empleo, por cuenta ajena o propia, y mayor potencial productivo.

18 Las mujeres que hubieran sido víctimas de violencia de género quedan excluidas, con carácter general, de cumplir los requisitos que se exijan en las diferentes convocatorias de ayudas, incluido el de estar inscritas como demandantes de empleo.

19 En este sentido podemos mencionar el programa Isabel Torres, para la contratación de Tecnólogos en proyectos de innovación. El objetivo de este programa es subvencionar la contratación de personas tituladas, inscritas en la Bolsa que gestiona el SEPECAM, como tecnólogos/as asociadas a la puesta en marcha de proyectos de innovación y departamentos de I+D+I, de 6 meses de duración, prorrogables hasta 18 meses.

Es importante destacar que el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, no hace referencia a las dotaciones que las comunidades autónomas destina al crecimiento del tejido industrial y por tanto por ahora no podemos afirmar si van a poder mantenerse dichas partidas o no. El tiempo nos irá dando las claves de esta situación incierta.

20 Datos de la Tesorería General de la Seguridad Social

21 Se han producido recortes en materias concretas tales como: reducción de la masa salarial del sector público en un 5% en términos anuales, suspensión de la revalorización de pensiones públicas para el año 2011, supresión para los nuevos solicitantes la retroactividad del pago de las prestaciones por dependencia al día de presentación de la solicitud, supresión de la prestación por nacimiento o adopción de 2500 euros a partir del 1 de enero de 2011, revisión del precio de los medicamentos, se adoptan medidas con el fin de garantizar la contribución de las entidades locales al esfuerzo de consolidación fiscal y de mejora del control de la gestión económica financiera de las citadas entidades y por último medidas tendentes a realizar un control más eficaz del gasto público, pero que en un principio no hace referencia al tema objeto de estudio.

22 Este plan es fruto del diálogo entre UGT, CC.OO y CECAM, con las cinco Diputaciones de la región, con los Ayuntamientos, y también con Izquierda Unida. Decreto 65/2009, de 26/05/2009, por el que se regula el Plan de Choque frente al desempleo en Castilla - La Mancha.

23 La subvención será de 5.200 €, si se respetan los requisitos establecidos en este Plan, es decir, la celebración de contratos indefinidos o temporales para transformar en fijos antes de seis meses.

24 Op. Cit, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., La Política de Colocación, p. 28.

25 APARICIO TOVAR, J., en la ponencia titulada “Políticas de empleo y Comunidades Autónomas” impartida en el XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías”, en mayo del 2010, Barcelona.

26 Vid. BAYLOS GRAU, A., “Modelo Social y políticas frente a la crisis”, Revista de Derecho Social, nº 49, 2010.

LA NUBE DE CENIZA VOLCÁNICA O LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR RETRASO Y CANCELACIÓN DE VUELO

Karolina Lyczkowska

Becaria FPI del Departamento de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo

La inesperada erupción del volcán islandés Eyjafjallajökull en abril de 2010 ha provocado un verdadero caos en los aeropuertos europeos, debido a las múltiples cancelaciones y retrasos de vuelos. Millones de pasajeros se han visto afectados por las estrictas medidas de seguridad que ha tomado EUROCONTROL, imponiendo el cierre de aeropuertos e impidiendo durante mucho tiempo la salida de aviones por el riesgo que suponían las cenizas volcánicas para los motores de las aeronaves. Aunque la angustia y zozobra sufrida por los pasajeros es innegable, las condiciones meteorológicas adversas constituyen fuerza mayor y, por tanto, una circunstancia tradicionalmente exoneratoria de responsabilidad del transportista. No obstante, dependiendo del vuelo y tipo de incidencia, y por tanto, de la norma aplicable, la obligación de la aerolínea en relación con sus pasajeros puede tener mayor o menor alcance. Hagamos un breve repaso de la legislación y jurisprudencia reciente sobre los retrasos y cancelaciones de vuelos en el transporte aéreo para esclarecer estas cuestiones.

NORMAS APLICABLES

Existen varias normas que hay que tomar en consideración en caso de transporte aéreo: (i) Reglamento Europeo 261/2004, de 11 febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (en adelante, Reglamento 261/2004), (ii) Reglamento 2027/97, de 9 de octubre, modificado por Reglamento 889/2002 de 13 de mayo, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su

equipaje (en adelante, Reglamento 2027/97), y (iii) Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999¹ (en adelante, Convenio de Montreal o Convenio), que prevalece sobre el antiguo Convenio de Varsovia de 1929, para los Estados Parte de ambos Convenios (art. 55 del Convenio de Montreal²). En los vuelos nacionales e internacionales, en los que no prevalezca o no resulte de aplicación una norma internacional, rige la Ley 48/1960, de Navegación Aérea, de 19 julio (en adelante, Ley de Navegación Aérea o LNA).

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

El Reglamento 261/2004 resulta aplicable cuando (i) el vuelo al que se refiera la pretensión salga de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro, o bien cuando (ii) el vuelo parta de un aeropuerto situado en un tercer país, con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro, siendo el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión un transportista comunitario (salvo que los pasajeros disfruten de beneficios, compensación y asistencia en ese tercer país), de acuerdo con el artículo 3.1 del Reglamento 261/2004. El Reglamento 2027/97 resulta aplicable a todos los transportistas comunitarios que operen tanto en vuelos nacionales como internacionales (art. 1 del Reglamento 2027/97), en cuyo caso remite a las disposiciones del Convenio de Montreal en lo relativo al transporte de pasajeros y equipaje. El Convenio de Montreal se aplica a todo transporte internacional de personas, equipaje o carga efectuado en aeronaves a cambio de una remuneración, entendiéndose por “transporte internacional” todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte (artículo 1 del Convenio)³. La Ley de Navegación Aérea se aplica a la navegación aérea española y la internacional sobre el territorio español, sin perjuicios de Convenios y Tratados internacionales (art. 5 de la LNA).

1.Ley de Navegación Aérea: responsabilidad del transportista por daño y retraso

La Ley de Navegación Aérea establece la responsabilidad del transportista en caso de retraso, pérdida, destrucción o avería del equipaje, tanto facturado como de mano, durante el transporte contratado (art. 116.2 LNA). El límite de indemnización procedente se establece en 500 derechos especiales de giro⁴ por unidad en el supuesto de pérdida o avería de equipajes, facturados o de mano (art. 118.2 LNA) y en el importe del precio del transporte en caso de retraso en la entrega de la carga o equipaje facturado (art. 118.3 LNA). No obstante, si el equipaje facturado o de mano se transporta bajo manifestación de valor declarado, aceptado por el transportista, el límite de responsabilidad corresponde a ese valor. El artículo 120 de la Ley de Navegación Aérea señala que debe ser indemnizado en los límites reseñados todo el daño causado durante el transporte, incluso cuando provenga de un accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia. Por tanto, la aerolínea no puede exonerarse de su responsabilidad respecto del equipaje ni siquiera en las condiciones extraordinarias. Con todo, los límites de responsabilidad establecidos no son muy elevados, por tanto, se justifica la exclusión de fuerza mayor como causa de exoneración.

Los topes de responsabilidad establecidos no regirán cuando se pruebe que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave (art. 121 LNA). Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 abril 2005 (JUR 2005/111010) señala que se puede calificar como negligencia grave el hecho de que el transportista no haya aportado ninguna justificación del extravío de la maleta ni haya informado debidamente a los interesados del hallazgo de la misma. Agrava la conducta del demandado el hecho de que no se ha entregado el equipaje hasta el día siguiente al de su localización, siendo éste el día de regreso de los demandantes, puesto que su viaje duraba solo 3 días. En consecuencia, en el caso de la sentencia mencionada no procede aplicar los límites de responsabilidad fijados por la Ley de Navegación Aérea y se condena a la aerolínea al pago de una indemnización de 2.691,13 euros en concepto de daños materiales y morales.

La acción para exigir el pago de las indemnizaciones referidas prescribe a los seis meses, a contar desde la fecha en la que se produjo el daño. Sin embargo, para que se pueda ejercitar la acción de indemnización por avería o retraso del equipaje facturado, es imprescindible una

reclamación previa mediante un escrito ante el transportista u obligado, dentro de los diez días siguientes al de la entrega, o a la fecha en que debió entregarse (art. 122 LNA). La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 julio 2006 (JUR 2007/196777) subraya que no basta con cumplir el primer plazo de reclamación previa, sino que la demanda de responsabilidad necesariamente tiene que presentarse en los seis meses siguientes, o en caso contrario, el pasajero pierde el derecho de reclamar la indemnización.

En caso de cancelación o retraso del vuelo provocado por fuerza mayor o condiciones meteorológicas que afecten a la seguridad del viaje, LNA establece que el transportista podrá liberarse de toda responsabilidad devolviendo el importe del precio del billete (art. 94 I LNA). No obstante, si una vez comenzado el viaje se interrumpiera por causas mencionadas, el transportista queda obligado a hacer llegar a sus pasajeros al destino por el medio más rápido posible, corriendo con los gastos por su cuenta (también de hospedaje y manutención), salvo que los pasajeros optasen por reembolso del precio (art. 94 II LNA). Con todo, si el viaje se cancela o retrasa desde su inicio por causas que no puedan ser calificadas como fuerza mayor o condiciones meteorológicas adversas, el transportista no podrá eximirse de la responsabilidad por daños provocados devolviendo el precio del billete, sino que tendrá que indemnizar todos los perjuicios provocados a los pasajeros.

No obstante lo expuesto, hay que señalar que en las cuestiones de responsabilidad por retraso y cancelación de vuelo, el ámbito de aplicación de LNA ha quedado muy restringido después de la entrada en vigor del Reglamento 261/2004 y Reglamento 889/2002, por el que se modifica el Reglamento 2027/97. En consecuencia, la Ley de Navegación Aérea se aplica prácticamente solo a los casos surgidos antes de la entrada en vigor de las normas citadas. No obstante, teniendo en cuenta los plazos de caducidad de la acción previstos por la LNA, resulta que en la actualidad los supuestos de hecho que nos interesan no se rigen por la normativa nacional. Por tanto:

- para determinar la responsabilidad del transportista por **retraso de vuelo**, se aplica el Reglamento 261/2004, siempre que el vuelo en cuestión parta del territorio de un Estado miembro o se dirija hacia él como destino, cuando se trate de transportista comunitario (art. 3.1 del Reglamento 261/2004); también resulta aplicable el sistema del Convenio de Montreal, cuando tanto el Estado de partida como el de destino sea un Estado Parte (art. 1 del Convenio de Montreal), o cuando se trate de transporte efectuado por transportista comunitario, tanto

en el vuelo nacional como internacional (art. 1 y 3.1 del Reglamento 2027/97, modificado por el Reglamento 889/2002);

- para determinar la responsabilidad del transportista por **cancelación de vuelo**, desde su entrada en vigor prevalece el Reglamento 261/2004 sobre la Ley de Navegación Aérea, en todos los casos en que el vuelo en cuestión parta del territorio de un Estado miembro o se dirija hacia él como destino, cuando se trate de transportista comunitario (art. 3.1 del Reglamento 261/2004);

- para determinar la responsabilidad del transportista por **pérdida o daño del equipaje transportado**, prevalecerá el sistema del sistema del Convenio de Montreal sobre la Ley de Navegación Aérea en virtud de la remisión directa del Reglamento 2027/97, modificado por el Reglamento 889/2002, cuando tanto el Estado de partida como el de destino sea un Estado Parte (art. 1 del Convenio de Montreal), o cuando se trate de un vuelo efectuado por transportista comunitario, tanto nacional como internacional (art. 1 y 3.1 del Reglamento 2027/97, modificado por el Reglamento 889/2002).

2.Reglamento 261/2004: la asistencia al pasajero e indemnización por retraso y cancelación de vuelo

El Reglamento 261/2004 instituye un generoso régimen de asistencia y compensaciones económicas en los supuestos de retraso y cancelación de vuelos. En caso de gran retraso, el transportista está obligado a prestar asistencia debida a las personas afectadas, y si la demora excede de tres horas, debe pagar una compensación económica fija, de acuerdo con la interpretación del Reglamento 261/2004 realizada por parte del TJCE. En caso de cancelación, el transportista queda igualmente obligado a prestar asistencia y además, a abonar dicha compensación económica fija. El Reglamento 261/2004 no menciona daños que excedan del importe de la indemnización estandarizada (tanto daños morales, como materiales, incluidos los relacionados con la pérdida o destrucción de equipaje), pero al tratarse de una norma de mínimos, el pasajero puede reclamarlos a la compañía aérea en virtud de otras normas, como el Convenio de Montreal o los artículos 1101 y siguientes del Código Civil (art. 12 del Reglamento 261/2004). El Reglamento 261/2004 no aclara si en el caso de concesión de indemnización suplementaria debe reducirse la misma en el importe de la compensación fija ya otorgada, puesto que el artículo 12 dice que “podrá deducirse”, dejando la cuestión al arbitrio del juez que conozca del caso.

ASISTENCIA A LOS PASAJEROS

En caso de gran retraso de vuelo o su cancelación, la norma comunitaria obliga a los transportistas a prestar asistencia debida a los pasajeros de vuelo afectado. En el supuesto de demora, esta obligación surgirá cuando el transportista prevea que el vuelo saldrá con al menos (i) dos horas de retraso con respecto a la hora programada, cuando se trate de vuelos de hasta 1 500 kilómetros de distancia, (ii) tres horas de retraso, en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y de todos los demás vuelos de entre 1 500 y 3 500 kilómetros, o (iii) cuatro horas de retraso, en el supuesto de todos los demás vuelos (art. 6 del Reglamento 261/2004). La redacción de la norma hace depender el nacimiento del deber de la asistencia de las previsiones subjetivas de los encargados de la aerolínea, por tanto parece razonable entender que un retraso indefinido - sin previsión expresa de la hora de salida - debe tratarse como una cancelación, y no como un retraso (véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 19 marzo 2009, AC 2009/521). Tal interpretación también deriva del Considerando Decimoséptimo del Reglamento 261/2004 que señala que “los pasajeros cuyos vuelos tengan un retraso de duración *determinada* deben recibir atención adecuada (...)”, haciendo referencia a los deberes de asistencia.

El contenido básico de la asistencia debe comprender la comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar, más dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos. Cuando la hora de salida prevista como resultado del retraso sea como mínimo al día siguiente, además de la asistencia básica, el transportista debe ofrecer alojamiento en un hotel y correr con los gastos del transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (art. 9 del Reglamento 261/2004). Si el retraso es de al menos cinco horas, el pasajero también tendrá derecho a optar por el reembolso del importe del billete por el viaje no efectuado junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible (cuando renuncie a un transporte alternativo a su destino). En el caso de que el vuelo ya no tenga “razón de ser” en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, se procederá al reembolso no solo del billete no usado, sino también a la devolución del importe por el trayecto ya realizado (art. 8.1 del Reglamento 261/2004). Con todo, las compañías aéreas deben prestar atención de forma prioritaria a las personas con movilidad reducida y menores no acompañados (art. 11 del Reglamento 261/2004).

El transportista no queda exonerado de la obligación de prestar asistencia ni siquiera en los casos de fuerza mayor que causen el retraso o cancelación de vuelo. Por esta razón, la disposición analizada ha sido objeto de cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵, que en su sentencia de 10 enero 2006 (TJCE 2006/2) ha declarado que es plenamente válida. En su fallo explica que no existe contradicción entre el Reglamento 261/2004 que no fija límite económico ni cláusulas de exoneración por concurrencia de fuerza mayor a la obligación de asistencia, y Convenio de Montreal, que establece cláusulas de exención y de limitación de la responsabilidad del transportista aéreo en caso de retraso en el transporte de pasajeros.

La sentencia del TJCE señala que la demora en el transporte de pasajeros puede ocasionar dos tipos de daños. Por una parte, un retraso demasiado grande ocasionará perjuicios prácticamente idénticos para todos los pasajeros, cuya reparación puede adoptar la forma de una asistencia o de una atención, estandarizadas e inmediatas, a todos los interesados mediante, por ejemplo, el ofrecimiento de refrescos, comidas, alojamiento y llamadas telefónicas. Por otra parte, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales, inherentes al motivo de su desplazamiento, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados, y sólo puede, en consecuencia, ser objeto de una indemnización a posteriori e individualizada (ap. 43 de la sentencia). A juicio del TJCE, las disposiciones del Convenio de Montreal se refieren únicamente a este segundo tipo de daños, mientras que la obligación de asistencia del Reglamento 261/2004 concierne a la primera categoría de perjuicios, pretendiendo reparar de forma estandarizada e inmediata determinados perjuicios causados a los interesados que se encuentran en tales situaciones. Las medidas de atención emprendidas por los transportistas no impiden que los pasajeros persigan posteriormente la indemnización de daños, pudiendo ejercitar las acciones concedidas por el Convenio de Montreal, cuando resulten aplicables. Sin embargo, en la opinión del Juzgado de lo Mercantil de Málaga (sentencia de 27 abril 2007, AC 2007/768), se trata de unas medidas encaminadas sobre todo a evitar que se produzcan daños patrimoniales o morales ocasionados por retraso y espera.

La no prestación de la asistencia no tiene repercusión directa, es decir, el pasajero no puede demandar indemnización por no haberla recibido, sino que tiene que probar los daños efectivos que le hayan sido causados por el incidente aéreo en cuestión - cancelación o retraso (sin perjuicio de la compensación económica del art. 7 del Reglamento 261/2004, cuando proceda). No obstante, la vulneración de esta

obligación por parte de la compañía aérea constituye una infracción perseguible por los organismos responsables del cumplimiento del Reglamento 261/2004 en cada Estado miembro (en España, esta competencia corresponde a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea). De hecho, hace poco un operador de vuelos de bajo coste (Ryanair) ha sido multado por no haber ofrecido asistencia debida a los pasajeros afectados por las cancelaciones de vuelos acaecidas en el mes de abril 2010 por razón de la nube de ceniza volcánica. El Ente de Aviación Civil Italiano (ENAC) ha decidido sancionar a la compañía con una multa de 3 millones de euros por haber violado su obligación que derivaba del Reglamento 261/2004⁶.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En caso de cancelación de vuelo (art. 5 del Reglamento 261/2004), además de la asistencia anteriormente mencionada, se establece también una obligación de abonar compensación económica estandarizada. Se trata de cuotas fijas que no requieren prueba de daño sufrido ni su evaluación, y cuyo importe depende únicamente de la longitud de vuelo medida en kilómetros. El art. 7 del Reglamento 261/2004 prevé 250 euros de indemnización para los pasajeros de vuelos de hasta 1 500 kilómetros, 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1 500 y 3 500 kilómetros, y 600 euros para los restantes vuelos. Habrá lugar a la reducción en 50% del importe de la indemnización resultante si el transportista ofrece un transporte alternativo (i) con diferencia que no sea superior a dos horas respecto a la hora de salida inicialmente programada, en caso de vuelos hasta 1 500 kilómetros de distancia, o (ii) con diferencia que no sea superior a tres horas respecto a la hora de salida inicialmente programada, en caso de vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y los demás vuelos de entre 1 500 y 3 500 kilómetros, (iii) con diferencia que no sea superior a cuatro horas respecto a la hora de salida inicialmente programada, para los demás vuelos (artículo 7.2 del Reglamento 261/2004).

El Reglamento 261/2004 no establece plazo para el pago de la compensación, limitándose solo a enumerar los medios por los cuales puede procederse al abono de la misma (art. 7.3 del Reglamento 261/2004 permite que se pague en metálico, por transferencia bancaria

electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios). Partiendo de la naturaleza protectora de los derechos del pasajero en el Reglamento 261/2004, hay que entender que el pago de la compensación debe verificarse lo antes posible. En ausencia de un término específico de ejecución de la obligación impuesta por la norma comunitaria en caso de cancelación de vuelo, parece razonable emplear analógicamente la previsión del plazo establecido para el reembolso del precio del billete. El artículo 8.1 del Reglamento 261/2004 que prevé este derecho en casos de cancelación y retraso superior o cinco horas, fija un plazo de siete días para su abono y remite al artículo 7.3 de la norma en cuanto a las modalidades en las que se pueda efectuar la devolución. Además, se establece el mismo plazo de siete días para la devolución de un determinado porcentaje del precio del billete (en función de la longitud del vuelo) en caso de acomodación del pasajero en una clase inferior a aquella por la que se pagó (artículo 10.2 del Reglamento 261/2004). Por tanto, debemos entender que en caso de pago de compensación económica el transportista también cuenta con siete días de plazo, desde el momento en que se anunció la cancelación de vuelo. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de reclamación por parte del pasajero, en ausencia de plazo debemos acudir al artículo 1964 del Código civil que prevé que prescribirán a los quince años las acciones personales que no tenga señalado término específico.

A diferencia de la obligación de asistencia, el transportista puede eximirse del pago de esta compensación si: (i) informa a los pasajeros con suficiente antelación de la cancelación del vuelo, o si (ii) puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables (art. 5.3 del Reglamento 261/2004). La información sobre la cancelación de vuelo cumple con los requisitos de antelación mínima en todo caso cuando se comunica al menos dos semanas antes del vuelo programado. Si el transportista la notifica a los pasajeros entre dos semanas y siete días antes de la fecha del viaje, y ofrece un transporte alternativo de horarios similares (no más de dos horas de antelación en la salida y no más de cuatro horas de retraso en la llegada al destino, respecto de las horas programadas), también se exonera de la obligación de pago de la compensación. Finalmente, si la cancelación del viaje se comunica con antelación inferior a siete días respecto del día de la salida del vuelo, el transportista solo eludirá el pago de la compensación, si consigue proponer un transporte alternativo que salga máximo una hora antes de la del vuelo cancelado (art. 5.1 del Reglamento 261/2004).

El Reglamento 261/2004 aspira a establecer unos niveles mínimos de protección de pasajeros (art. 1.1 del Reglamento 261/2004), por lo que como he señalado, la compensación prevista en el artículo 7 no agota los derechos a indemnización de otros daños, si se prueba su efectiva concurrencia en cantidad que exceda del importe previsto por dicho artículo. No se trata solo de daños materiales, sino también morales, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 julio 2009 (AC 2009/1817) que en el caso de una cancelación de vuelo, con un ofrecimiento de transporte alternativo por parte del transportista, declara aplicable la compensación de 600 euros prevista en el artículo 7 del Reglamento 261/2004 y además, 400 euros por daños morales sufridos como consecuencia de la cancelación. No obstante, el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra alberga ciertas dudas al respecto y ha planteado una cuestión prejudicial al TJCE, preguntando si el concepto de compensación suplementaria del artículo 12 del Reglamento 261/2004 permite al juez nacional en caso de cancelación de vuelo conceder indemnización de daños y perjuicios, incluyendo daños morales por incumplimiento del contrato de transporte aéreo conforme a los criterios establecidos en la normativa y jurisprudencia nacional sobre el incumplimiento contractual, o si, por el contrario dicha compensación ha de obedecer sólo a gastos realizados por los pasajeros debidamente acreditados y no resarcidos suficientemente por el transportista aéreo conforme a lo que exigen los artículos 8 y 9 del Reglamento 261/2004/CE⁷.

DIFERENCIA ENTRE RETRASO Y CANCELACIÓN: PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Como se puede observar, el texto del Reglamento 261/2004 favorece económicamente a los pasajeros de vuelos cancelados frente a los pasajeros de vuelos retrasados, en base a la presunción de menor sufrimiento o angustia que se provoca a estos últimos. No obstante, pese a esta relevante diferencia pecuniaria en las consecuencias atribuidas a cada uno de los casos, la norma no delimita de forma precisa el retraso y solo define la cancelación como “la no realización de un vuelo programado”, expresión que no consigue disipar todas las dudas al respecto (art. 2. 1 del Reglamento 261/2004). La jurisprudencia ha tratado de establecer una distinción intuitiva entre retraso y cancelación

con ofrecimiento de vuelo alternativo basándose en las circunstancias como el horario del nuevo vuelo, el número de vuelo, la adjudicación de asientos, etc. (véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 19 marzo 2009, AC 2009/521)

No obstante, tales criterios son insuficientes y no impiden que se produzcan situaciones evidentemente desacordes con las intenciones del legislador que, de acuerdo con los motivos expuestos en el propio Reglamento 261/2004, pretendía elevar el nivel de protección de pasajeros y minimalizar las molestias sufridas. Por ejemplo, en virtud del Reglamento, pasajeros de un avión que no despegue por avería técnica y que tengan que esperar 24 horas hasta el siguiente vuelo diario de la misma compañía, no tienen derecho a indemnización fija del artículo 7, aunque indudablemente han sufrido más molestias que los pasajeros de un avión que tampoco despegue por problemas técnicos, pero cuya compañía ofrece un transporte alternativo a sus pasajeros, de forma que llegan a su destino solamente unas horas más tarde que lo planeado. En ninguno de los casos se ha realizado el vuelo programado (tal como menciona el art. 2 del Reglamento 261/2004), pero solo en el segundo de ellos la cancelación es indudable a la vista del texto comunitario, ya que lo admite la propia compañía ofreciendo un vuelo alternativo. La falta de definición de retraso implica falta de limitación temporal del mismo y la frontera entre la cancelación y retraso se hace borrosa. Por tanto, el Reglamento comunitario en su redacción actual en vez de mejorar la situación del pasajero, en realidad lo deja indefenso. Ofrece incentivos perversos a las compañías aéreas, dejando en sus manos el poder de definir una situación como retraso o cancelación, a efectos de determinar la existencia de la obligación indemnizatoria. De hecho, ya se han dado múltiples casos de líneas aéreas que con la finalidad de evitar el pago de las indemnizaciones por cancelaciones de facto, sostenían que se trataba de retrasos, incluso si dicho “retraso” excedía de veinte horas.

Estos casos de difícil distinción entre retraso y cancelación de vuelo a efectos de la procedencia de la indemnización han sido abordados de diferentes maneras por la jurisprudencia. La Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 7 julio 2009 (AC 2009/1817) no consideró aplicable la indemnización del artículo 7 del Reglamento 261/2004 en caso de un vuelo de Madrid a Buenos Aires, cuya hora prevista de la salida eran las 12.30 de la mañana. Debido al retraso, los demandantes tuvieron que emprender el vuelo al día siguiente, a las 3 de la madrugada. La sentencia declara que como no se trata de un supuesto de cancelación, no procede indemnización económica del artículo 7 del Reglamento.

En el mismo sentido falló la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 25 septiembre 2009 (AC 2009/2048), no otorgando la indemnización del artículo 7 del Reglamento 261/2004, basándose en que el transporte contratado se ejecutó, aunque en un momento posterior al acordado, pero en las mismas condiciones y sin más cambios que en el horario de la salida. No obstante, aunque en el caso de los autos se trata de un retraso que no alcanza dos horas, hay que tener en cuenta que el demandante contrató un vuelo de Barcelona a Bangkok con escala en Londres, de forma que la demora del primer vuelo de Barcelona a Londres conllevó la pérdida del enlace y en consecuencia, el demandante llegó un día más tarde a su destino. Por tanto, el retraso global que se ha producido en el caso de la sentencia, es de un día y no solo de dos horas.

Un caso similar ha sido analizado y resuelto de modo diferente en la misma Audiencia Provincial de Barcelona también en septiembre del año pasado. En la sentencia de 16 septiembre 2009 (AC 2009/2217) se analiza el caso de un vuelo de Madrid a México, con escala técnica en Londres. Debido a la demora de 30 minutos en el despegue del primer tramo de vuelo, los demandantes perdieron el enlace y en consecuencia llegaron con un retraso de más de nueve horas a su destino final. El juez en un razonamiento particularmente forzado entiende que el transportista ha incumplido con su obligación de presentar a sus pasajeros al embarque en Londres con debida antelación y que por tanto, se trata de un caso asimilable a la denegación de embarque, por lo que procede la compensación del artículo 7 del Reglamento 261/2004 (que la prevé tanto para los casos de cancelación como denegación de embarque).

En un sentido parecido se dirige la sentencia de Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 19 marzo 2009 (AC 2009/521) que afirma de forma razonable que una demora indefinida no puede considerarse retraso a efectos del Reglamento 261/2004, porque la aplicación de los derechos correspondientes a los pasajeros de vuelos que sufren un considerable retraso depende de las previsiones de la hora de salida que efectúe el transportista (artículo 5), pues si no se fija una hora aproximada, en realidad debe entenderse que se trata de una cancelación, y no de un retraso.

Con todo, el problema interpretativo de la diferencia entre retraso y cancelación a efectos de la adjudicación de la indemnización del artículo 7 del Reglamento 261/2004 es de tal envergadura que ha llegado hasta al Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas que en su sentencia de 19 noviembre 2009 se pronunció al respecto. Aprovechando

la cuestión prejudicial planteada por tribunales alemán y austriaco en dos casos similares de pasajeros de vuelos retrasados más de veinte horas, el TJCE hizo constar que el perjuicio que sufren los pasajeros de vuelos cancelados y el daño padecido por los participantes de un vuelo con gran retraso son muy similares, por lo que carece de justificación la diferenciación en cuanto a las consecuencias económicas reconocidas por el Reglamento 261/2004. En consecuencia, la sentencia ha establecido que los pasajeros de vuelos retrasados que lleguen a su destino tres o más horas después de la hora de llegada programada pueden invocar el derecho a compensación previsto en el art. 7 del Reglamento 261/2004 (ap. 61 de la sentencia). Es de aplaudir el criterio interpretativo acogido por el TJCE no solo por haber resaltado la semejanza entre las molestias causadas a los pasajeros de vuelo cancelado y de vuelo con gran retraso, sino también porque el momento de referencia para contar el retraso relevante se fija en la hora de llegada al destino y no en la hora de salida, favoreciendo al pasajero.

Finalmente, hay que hacer mención de que no todas las dudas del tema de cancelación de vuelo han sido resueltas y que el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra acaba de plantear una cuestión prejudicial al TJCE relacionada con la definición de la cancelación a efectos de la aplicabilidad del Reglamento 261/2004. El juez pregunta si el concepto de cancelación definido en el artículo 2.i del Reglamento 261/2004 debe interpretarse en el sentido exclusivo de ausencia de salida de vuelo en los términos programados o también en el sentido de cualquier circunstancia que haga que dicho vuelo con reserva haya despegado pero no llegue a su destino, incluido el regreso forzoso por circunstancias técnicas al aeropuerto de origen⁸.

CIRCUNSTANCIAS EXONERATORIAS DEL PAGO DE LA COMPENSACIÓN

Sin perjuicio de lo comentado, el transportista aéreo podrá eximirse del pago de la compensación económica fijada en el artículo 7 del Reglamento 261/2004 si prueba que “la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables” (artículo 5.3). Aunque en el articulado del Reglamento no se ofrece ninguna definición de circunstancias extraordinarias, el Considerando Decimocuarto de la

norma brinda como ejemplos de tales incidentes los casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.

Hay que señalar que la analogía entre el gran retraso y la cancelación, realizada por el TJCE en relación con la adjudicación de la compensación, también se refiere a la exoneración de la obligación del pago de la compensación económica, de forma que no se aplicará en caso de que el transportista pruebe la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen el gran retraso, de igual forma que sucede con la cancelación de vuelo. La jurisprudencia ofrece algunos ejemplos de las situaciones respecto de las cuales se han suscitado dudas si pueden incardinarse en las circunstancias exoneratorias a estos efectos.

AVERÍA TÉCNICA

Los problemas técnicos detectados en la aeronave no constituyen circunstancia extraordinaria. Así se declara en la sentencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas nº C-549/07, de 22 diciembre 2008, que se ocupa de responder a una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de Viena. Se trata de un caso de una pasajera de Alitalia que viajaba desde Viena a Brindisi. Cinco minutos antes de la salida del vuelo fue informada de su cancelación, debido a un problema técnico. La compañía le proporcionó la posibilidad de viajar en otro avión, pero de todas formas la pasajera llegó a su destino cuatro horas más tarde de lo planeado. Por tanto, la pasajera reclamó indemnización de 250 euros fijada por el Reglamento CE 261/2004 en estos casos. Al habérsela denegado, impuso una demanda contra Alitalia y ganó en primera instancia. No obstante, Alitalia recurrió, entendiendo que se trataba de circunstancias extraordinarias que le eximían de la responsabilidad y el tribunal de apelación planteó la duda interpretativa al TJCE.

TJCE explica en su decisión que la *ratio legis* del Reglamento CE 261/2004 es garantizar nivel elevado de protección de pasajeros, por lo que las causas de exoneración de la responsabilidad deben interpretarse restrictivamente. De acuerdo con la disposición comunitaria, se trata de casos en los que concurren circunstancias extraordinarias que no

hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Por tanto, no basta con sola existencia de una circunstancia fuera de lo ordinario, sino también es precisa la imposibilidad de evitar la cancelación del vuelo. En caso de Alitalia, se trataba de una compleja avería de motor de la que la compañía tuvo conocimiento solo unas horas antes de la salida del vuelo. No obstante, en opinión de TJCE, el problema técnico en si mismo no constituye una circunstancia extraordinaria exonerante. Citando su anterior jurisprudencia (la sentencia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403), hace hincapié en la necesidad de protección del pasajero y en que el grado de desarrollo tecnológico de aeronaves convierte en ordinarios los problemas técnicos a los que se enfrenten a diario los transportistas. Por tanto, la resolución de problemas derivados de fallos técnicos debe considerarse parte del ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo. El Tribunal aclara también que la frecuencia de las averías no es determinante por si sola del carácter ordinario o extraordinario de circunstancias, y el respeto de las normas legales mínimas de mantenimiento técnico de aeronaves no puede equivaler a haber tomado todas las medidas razonables tendentes a evitar la cancelación del vuelo. En cualquier caso, aunque para el Convenio de Montreal en caso de retraso de vuelo basta con haber adoptado medidas razonablemente necesarias para evitar el daño para exonerarse de la obligación de indemnización, en caso de anulación de vuelo es imprescindible que también concurra una circunstancia extraordinaria. Es decir, tienen que cumplirse las dos condiciones, caso excepcional y extrema diligencia del transportista, para que pueda beneficiarse de la exoneración.

Este criterio es confirmado por el TJCE en su sentencia de 19 noviembre 2009, en la que se aclara que no merece calificación de circunstancia exoneratoria el problema técnico descubierto en la aeronave, “a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista” (ap. 72 de la sentencia).

La jurisprudencia española hace eco de esta postura en la sentencia Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 19 marzo 2009 (AC 2009/521) en la que el juez señala que el hecho de que un transportista aéreo haya respetado las normas mínimas de mantenimiento de una aeronave no basta por sí solo para acreditar que dicho transportista adoptó todas las medidas razonables y exonerarle de la responsabilidad. En el caso de los autos, se trataba de un golpe en la zona presurizada del avión, con desconocimiento de su origen, que impidió que saliera el vuelo hasta el

día siguiente. La sentencia hace hincapié en que si no se sabe si el origen o la naturaleza obedecen o no al ejercicio normal de la actividad, no puede operar la causa de exención y procede la indemnización solicitada, porque la carga probatoria corresponde a la demandada.

También se acoge este criterio en la SAP de Barcelona de 14 mayo 2009 (JUR 2009/409930), en la que se analiza el caso de un avión en el que el problema técnico se descubrió nada más despegar de la pista, por lo que tuvo que volver al aeropuerto de salida, tras haberse detectado una explosión en el ala con la consiguiente avería. Se desestiman las alegaciones de la demandada que sostiene que se trata de circunstancias extraordinarias por falta de prueba de haber empleado diligencia específica requerida, con las revisiones y precauciones exigibles.

CONDICIONES METEOROLÓGICAS ADVERSAS

Las condiciones meteorológicas incompatibles con el vuelo están expresamente previstas en el Considerando Decimocuarto del Reglamento 261/2004 como circunstancia exoneratoria de responsabilidad de pago de la compensación, lo que es testimoniado por la jurisprudencia. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 junio 2009 (AC 2009/1727), los demandantes solicitan la indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la cancelación de su vuelo de Odessa a Praga en enero de 2007. Resulta que en aquella época Ucrania estaba afectada por una severa ola de nieve, frío y hielo que provocó la paralización del aeropuerto de Odessa durante dos días. A causa de la cancelación del vuelo, los demandantes tenían que sufragar los costes de la manutención y del alojamiento en un hotel. En su demanda solicitan la indemnización de los gastos incurridos, la compensación económica fijada en el artículo 7 del Reglamento 261/2004, la indemnización por pérdida de equipaje y por otros daños (en total, más de 16.000 euros).

La sentencia de la Audiencia confirma el pronunciamiento del Juez de la Primera Instancia y considera que se trata de una circunstancia ajena a la compañía aérea demandada que inevitablemente tuvo que afectar la prestación ordinaria de servicios por parte de la transportista. En consecuencia, al tratarse de una causa de origen meteorológico de carácter extraordinario, la compañía aérea queda exonerada de la responsabilidad y se desestima la petición formulada por los demandantes, excepto

en lo que se refiere a la indemnización por la pérdida de equipaje. Se concede una indemnización de 1.000 derechos especiales de giro, de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Montreal que limita la responsabilidad del transportista aéreo en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje a este importe, siempre que el pasajero no haya efectuado declaración expresa de valor del equipaje en el momento de la facturación.

HUELGA NO CONVOCADA

En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 8 de septiembre de 2009 (JUR 2009/462901), se trata de un supuesto de grave perturbación del funcionamiento del aeropuerto. La alteración se debió a que el día anterior a la fecha fijada para la salida de vuelos de los demandantes, los trabajadores de la aerolínea demandada encargados del servicio de asistencia en tierra ocuparon las pistas de despegue y aterrizaje del aeropuerto de Barcelona, provocando la cancelación de la práctica totalidad de las operaciones aéreas hasta las primeras horas de la madrugada del día siguiente. Pese a la existencia previa de conflicto laboral entre la empresa y sus trabajadores, esta huelga no convocada constituye a juicio de la Audiencia un suceso extraordinario que impidió tomar medidas de diligencia razonable a la aerolínea, a efectos de prevenir la perturbación del funcionamiento de sus servicios. Por tanto, la aerolínea no está obligada a pagar la indemnización prevista en el art. 7 del Reglamento 261/2004. No obstante, la sentencia señala que la exoneración del pago de las indemnizaciones no libera al transportista de otras obligaciones como la de prestar asistencia a los pasajeros y ofrecerles transporte alternativo. La sentencia de la Audiencia confirma que la aerolínea debe indemnizar los gastos incurridos por los pasajeros en concepto de taxi, traslado a Madrid y coste de billetes de avión de Madrid al destino final de los pasajeros, ya que consta que la demandada no ofreció ni asistencia ni transporte alternativo a los afectados. No obstante, según la sentencia, no procede la indemnización de daños morales de los pasajeros (concedida por la sentencia de la primera instancia), debido a que no concurrió ni culpa ni negligencia de la entidad demandada en su producción, por lo que no cabe responsabilizarle en este concepto, de acuerdo con el art. 1105 CC.

La misma situación de invasión de pistas de Barcelona por huelga no convocada se contempla en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 20 diciembre 2007 (JUR 2008/55342). Los demandantes tenían contratado un vuelo de Palma a Barcelona, desde donde planeaban tomar un avión con destino a Dinamarca, para disfrutar allí de un crucero por el mar Báltico. Al haberse cancelado ambos vuelos como consecuencia de la huelga, los actores piden que se les indemnice. La sentencia confirma que se trata de una circunstancia extraordinaria que no pudo ser prevista ni paliada por la demanda, por lo que únicamente hay lugar al reembolso del importe de los billetes de avión adquiridos para el viaje de Palma a Barcelona.

3. Convenio de Montreal: responsabilidad por retraso y daño en el transporte de pasajeros y equipaje

Como se ha señalado, el Reglamento 2027/97 declara aplicables todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a la responsabilidad del transportista en el transporte de pasajeros y equipaje a los vuelos efectuados por transportistas comunitarios, tanto en el ámbito nacional como internacional. El Convenio de Montreal no contempla el supuesto de cancelación de vuelo, pero establece reglas para el retraso, por lo que estas normas deben conjugarse con las expuestas en el Reglamento 261/2004.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR LOS DAÑOS PROVOCADOS POR EL RETRASO EN EL TRANSPORTE DE PASAJEROS Y EQUIPAJE

Según el Convenio de Montreal, el transportista responde por los daños provocados por el retraso en el transporte de pasajeros, equipaje o carga (art. 19 del Convenio). La gran diferencia entre el Reglamento 261/2004 y el Convenio de Montreal estriba en que es necesaria la prueba efectiva del daño sufrido por el incumplimiento contractual, no bastando el mero hecho de demora en la llegada al destino o en la devolución del equipaje transportado, a diferencia del artículo 7 del Reglamento 261/2004 que prescribe la compensación económica en determinados casos, sin necesidad de que se pruebe un daño efectivo. No obstante, la responsabilidad por daño por retraso en el transporte de las personas, se restringe a 4.150 derechos especiales de giro por

pasajero (art. 22.1 del Convenio). En caso de transporte de equipaje, la responsabilidad por daño en el retraso se restringe a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero (art. 22.2 del Convenio), a menos que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, en cuyo caso el límite de responsabilidad será el fijado en la declaración. No se aplicará ningún límite, si el demandante prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; siempre que, en caso de una acción u omisión de un dependiente o agente, se pruebe también que éste actuaba en el ejercicio de sus funciones (art. 22.5 del Convenio).

El transportista podrá exonerarse de la responsabilidad por el daño ocasionado por el retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas (art. 19 del Convenio). La negligencia o una acción u omisión del que pida la reclamación, que haya causado el daño o haya contribuido a él, también exime al transportista de la responsabilidad con respecto al reclamante, total o parcialmente, en la medida en que esta negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él (art. 20 del Convenio).

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR PÉRDIDA Y DAÑOS MATERIALES EN EL EQUIPAJE

El transportista responde por los perjuicios provocados en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado (art. 17 del Convenio). El texto convencional prevé responsabilidad de la aerolínea en el supuesto de daño del equipaje transportado por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista. No obstante, el transportista no responderá en la medida en que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propio del equipaje. En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes (art. 17 del Convenio).

Al igual que en el caso del perjuicio por retraso, la negligencia o una acción u omisión del que pida la reclamación, que haya causado el daño o haya contribuido a él, exonera al transportista, total o parcialmente, de su responsabilidad con respecto al reclamante, en la medida en que esta negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él (art. 20 del Convenio). Además, en el transporte de equipaje, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida o avería se limita a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero. Con todo, la sentencia de la SAP de Alicante de 17 marzo 2008, (AC 2008/983) señala que la parte perjudicada no está legitimada a percibir 1.000 derechos especiales de giro en todo caso, sino solamente el importe el que corresponda en atención a las circunstancias del daño padecido dentro de ese límite, siendo imprescindible la diferenciación indemnizatoria entre la destrucción y mero retraso en la entrega de equipaje. No obstante, no regirá este último límite en caso de que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello (art. 22.2 del Convenio). La intención de causar daño, o temeridad a sabiendas de que probablemente causará daño también elimina la aplicación del límite de responsabilidad (art. 22.5 del Convenio).

DAÑOS MORALES

En el marco de retrasos de vuelo e incumplimientos relacionados con la entrega del equipaje, el tipo de daño que más se invoca en los tribunales es el daño moral. No obstante, al respecto existe un debate en la jurisprudencia, que no ha conseguido ponerse unánime para esclarecer si los límites de responsabilidad del Convenio de Montreal incluyen los daños morales o si solo se limita a cantidades expuestas la responsabilidad por perjuicios materiales, quedando abierta la posibilidad de reclamar daños morales más allá de esta suma. Así, la SAP Barcelona de 5 febrero 2008 (AC 2008/836) en un caso de pérdida de maleta estima que el límite del artículo 22 del Convenio “comporta que, en caso de pérdida o retraso del equipaje, la cantidad máxima que se puede reclamar por todos los conceptos, tanto por los daños materiales como los morales, es la mencionada en el citado precepto, no siendo factible añadir a esa suma unos daños morales porque la misma comprende todo”, basándose en

que el artículo 29 de dicha norma prevé que *en el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria*. La misma postura la defiende la Audiencia Provincial de Barcelona en sus sentencias de 3 septiembre 2009 (AC 2009/1973) y de 16 septiembre 2009 (AC 2009/2217), al entender que de la norma se desprende un sistema unitario de la responsabilidad. También así lo entiende la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 6 noviembre 2009 (JUR 2009/468057), considerando que el tope fijado por el precepto resulta infranqueable, excepto las expresas menciones legales del mismo Convenio.

Se aparta de este criterio la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 2 julio 2008 (AC 2009/816), en la que sostiene que el daño moral y el daño material se resarcan con la aplicación por separado de la limitación del art. 22 del Convenio de Montreal a cada uno de los daños padecidos. En el mismo sentido, el Juzgado de lo Mercantil de Santander, en la sentencia de 23 octubre 2008 (AC 2008/247), en la que se afirma que los daños morales se escapan de las previsiones del Convenio de Montreal y que deben ser indemnizados aparte, con arreglo a las previsiones del artículo 1101 y siguientes del Código Civil. Asimismo, la SAP de Alicante de 8 octubre 2009 (AC 2009/2264) que entiende que la limitación de la responsabilidad del artículo 22 del Convenio de Montreal opera exclusivamente en el ámbito de perjuicios material. En el mismo sentido, SAP de Vizcaya, de 30 diciembre 2005 (AC 2006/823) que también en el supuesto de pérdida de equipaje estima que el límite impuesto por el artículo 22 del Convenio de Montreal no abarca los daños morales, que incuestionablemente pueden aparecer en una situación de extravío de maleta y que deben ser indemnizados íntegramente. No obstante, hay que señalar que esta última sentencia estima la concurrencia de “una falta tan grave, que en cuanto a sus efectos, ha de ser equiparada al dolo” por parte del transportista, pues en realidad no limita la responsabilidad de la parte incumplidora en virtud de la previsión del artículo 22.5 del mismo Convenio.

También en este caso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha terminado pronunciándose al respecto, para disipar las dudas. En su sentencia de 6 mayo 2010 (JUR/2010/141954), en la que responde a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia

Provincial de Barcelona sobre la inclusión de los daños morales en el límite de responsabilidad previsto en el artículo 22.2 del Convenio de Montreal para los casos de pérdida de equipaje, señala que el Convenio no contiene definición propia de “daño” o “perjuicio” (términos utilizados indistintamente en la norma), por lo que deben entenderse de acuerdo con las reglas de interpretación del Derecho internacional general que obligan a la Unión Europea. Por tanto, invoca el art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual *un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*. El TJCE trae a colación también un concepto de daño, no convencional, común a todos los subsistema de Derecho internacional, citando el artículo 31, apartado 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), de los que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas tomó nota en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001: “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral [...]”. De allí concluye que el concepto ordinario del daño incluye ambas facetas del mismo (material y moral) y que nada indica en el Convenio de Montreal que los Estados contratantes hayan querido dar un sentido especial y separarse del significado común del mismo. En consecuencia, según TJCE, hay que considerar que “daño” comprende tanto el perjuicio material, como el daño moral. El Tribunal termina señalando que esta interpretación por la que se establece que el art. 22.2 del Convenio de Montreal contiene un límite infranqueable, es acorde con el equilibrio de los intereses de las partes, especialmente, puesto que la responsabilidad impuesta al transportista en el caso de pérdida, destrucción o avería del equipaje es objetiva, no liberándose la aerolínea ni siquiera en el supuesto de fuerza mayor. En consecuencia, en aras de guardar la equidad, debe entenderse que el límite de responsabilidad previsto es global.

Con todo, es incuestionable que los tribunales admiten que la pérdida de equipaje o el retraso en el transporte pueda producir zozobra y angustia indemnizables. Así, se conceden 400 euros por daños morales resultantes de la rabia por la “pérdida irreparable de efectos personales” en consecuencia del extravío de una maleta en la SAP de Alicante de 8 octubre 2009 (AC 2009/2264), reduciéndose considerablemente la cantidad reclamada por la actora, al no acreditarse que el valor de la maleta sea el mencionado por la actora. La SAP de Valladolid, de 19 enero de 2010 (JUR 2010/105862) declara procedente la indemnización de 250 euros por los daños morales provocados por la pérdida de la primera

noche de hotel, más otros 250 euros en concepto de indemnización de gasto por el servicio de pernoctación no prestado debido al retraso en el despegue del vuelo. La SAP de Barcelona de 25 septiembre de 2009 (AC 2009/2048) también considera que la pérdida de la maleta y de un día de vacaciones irroga un perjuicio moral reparable, condenándose en total a 673,99 euros de indemnización. La SAP de Barcelona de 7 julio de 2009 (AC 2009/1817) acoge la pretensión de indemnización de daño moral por cancelación del vuelo y llegada al destino con un día de retraso, en el importe de 400 euros, más 600 euros de compensación fija del artículo 7 del Reglamento 261/2004. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 abril 2007 (AC 2007/768) en caso de cancelación de vuelo y ofrecimiento de otro al día siguiente concede 100 euros de indemnización de daños morales por pasajero por la pérdida de un día de vacaciones (aparte del pago de las facturas de alojamiento), resultantes de una curiosa fórmula que aplica el juez, partiendo del valor del billete dividido entre los días de estancia e incrementado en un cien por cien por el cumplimiento defectuoso del contrato.

PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el artículo 35 del Convenio de Montreal, el plazo para ejercitar la acción de indemnización de daño resultante de las disposiciones convencionales es de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte. La forma de calcular el plazo se remite a la ley del tribunal que conozca el caso. Al igual que en el caso de la Ley de Navegación Aérea, para poder entablar la acción procedente se requiere una reclamación extrajudicial previa. El pasajero debe presentar una protesta por escrito: (i) en caso de avería, inmediatamente después de haber sido notada dicha avería y, a más tardar, dentro de un plazo de siete días para el equipaje facturado, a partir de la fecha de su recibo, (ii) en caso de retraso, a más tardar dentro de veintiún días, a partir de la fecha en que el equipaje o la carga hayan sido puestos a su disposición (art. 31.2 del Convenio). No obstante, el pasajero no pierde el derecho a reclamación por no haber presentado un escrito previo, cuando pruebe que ha mediado fraude por parte del transportista (art. 31.4 del Convenio).

4. Cancelación de la vuelta por no haber hecho uso del trayecto de ida del mismo billete

Finalmente, me gustaría mencionar una práctica abusiva de transportistas, relacionada con las cancelaciones de vuelo, que consiste en la anulación unilateral del billete de vuelta al pasajero que no haya utilizado el trayecto de ida al comprar un billete de ida y vuelta. Las compañías aéreas sostienen que dicha praxis protege sus intereses, puesto que los billetes de ida y vuelta conllevan importantes descuentos, en comparación con billetes adquiridos separadamente para un solo trayecto. Por consiguiente, en su opinión, si un pasajero adquiere un billete de ida y vuelta, debe realizar ambos trayectos para poder beneficiarse justificadamente del descuento.

Esta praxis comercial frecuentemente está basada en una condición general adherida al contrato de transporte. Así, en el caso de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 3 julio 2009 (AC 2009/1802), las condiciones generales de Air France “no permitían utilizar el billete de forma distinta a lo contratado, incluyendo el tratar de utilizar la vuelta de un vuelo sin haber utilizado con anterioridad la ida”. En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca de 22 marzo 2010 (00071/2010), se cita la condición general de Iberia según la cual “independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete”. No obstante, en la SAP de Madrid de 27 noviembre 2009 (JUR 2010/70248), la demandada, Avianca Líneas Aéreas de Colombia, ni siquiera menciona la existencia de tal condición general en el contrato para justificar la práctica empleada.

La jurisprudencia es unánime en considerar este comportamiento como fraudulento y tachar la condición general de abusiva. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca, de 22 marzo 2010 (00071/2010) en el caso de anulación del trayecto de vuelta por no haber utilizado el de ida en primer lugar se ocupa de descubrir que no ha habido una real aceptación y conocimiento de la cláusula general en cuestión por no figurar en el billete electrónico expedido. Señala que las obligaciones del pasajero en el contrato de transporte aéreo se limitan a pagar el precio y presentarse en la facturación con la antelación mínima fijada. También indica que no existe ninguna norma que permita la existencia de este tipo de cláusulas y que el pasajero es libre de adquirir los billetes que tenga por convenientes, haciendo uso de los mismos o no, puesto que una vez pagado el precio, no irroga

ningún perjuicio al transportista al no presentarse para el embarque. La sentencia entiende que la cláusula es abusiva porque permite hacer doble venta del mismo asiento, dificultando al pasajero hacer uso de su derecho a utilizar todos los trayectos adquiridos. Este tipo de cláusula queda terminantemente prohibido por el artículo 62.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, RDL 1/2007), por imponer obstáculos desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.

A una similar conclusión llega la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 3 julio 2009 (AC 2009/1802) que estima la demanda, anulando la condición general por constituir una cláusula abusiva contemplada en el artículo 87.4 del RDL 1/2007, y por ende, por contravenir el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación. El juez hace hincapié en la existencia de una práctica comercial de las aerolíneas que ofrecen billetes de ida y vuelta a menor precio que los de un solo trayecto para incrementar su lucro, asegurándose que el pasajero va a realizar ambos viajes con la misma compañía.

En la SAP de Madrid de 27 noviembre 2009 (JUR 2010/70248) el supuesto de hecho es un poco más complicado, puesto que se trata de un viaje de Madrid a Lima con escala en Bogotá, contratado a través de una agencia de viajes con dos aerolíneas. El primero de los transportistas se encarga del viaje en los trayectos entre Madrid y Bogotá en ambos sentidos, y el segundo, de los trayectos entre Bogotá y Lima, en ambos sentidos. El día del inicio de viaje resulta que en el primer tramo de ida existe *overbooking*, por lo que el transportista responsable ubica a los pasajeros en un avión que vuela de Madrid a Caracas, para enlazar con un vuelo de Caracas a Lima. Por tanto, los actores no se presentan al embarque el día fijado para el vuelo de Bogotá a Lima y el segundo transportista anula su reserva para el viaje de vuelta, de Lima a Bogotá. Los demandantes reclaman la devolución de precio de un nuevo billete que tuvieron que adquirir para volver de Lima a Madrid a un tercer transportista, cuando les fue denegado el embarque en el primer tramo de vuelta.

La sentencia señala que el hecho de que los demandantes no se hayan presentado al embarque en el tramo de Bogotá a Lima está justificado, pues no dependió de su voluntad, sino que fue provocado por la situación de *overbooking*. Además, en ningún momento notificaron al segundo transportista que deseaban cancelar la reserva, ni tampoco

les comunicó la aerolínea la anulación unilateral que ha realizado. Por tanto, la sentencia califica el comportamiento como “carente de soporte contractual” y “profundamente injusto”, en las circunstancias en las que “no ha fallado la diligencia del viajero, sino problemas imputables al funcionamiento de las compañías aéreas implicadas y la falta de comunicación entre las mismas”. Por consiguiente, se condena a la demandada al abono del precio del segundo billete adquirido para la vuelta entera.

Aunque no puedo discrepar de los fallos, creo que hay que hacer algunas precisiones. En primer lugar, en el caso de la práctica en cuestión es irrelevante si tiene soporte contractual, porque de todas formas es un comportamiento abusivo, aunque lo hubiera conocido y aceptado el viajero. Tampoco parece importar la diligencia del viajero en cuanto a la comunicación de su decisión de tomar o no el vuelo, puesto que no puede exigirse al pasajero una notificación de este tipo a la aerolínea, cuando el billete ya está pagado. En segundo lugar, la abusividad de la práctica no reposa en la vulneración la norma citada por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 3 julio 2009 (AC 2009/1802), sino en la imposición de obstáculos desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato (art. 62.2 del RDL 1/2007) que causa un desequilibrio entre derechos y obligaciones de ambas partes, en perjuicio del consumidor (art. 82 del RDL 1/2007). Por tanto, no es el artículo 87.4 del RDL 1/2007 el que resulta aplicable en este caso, pues este precepto sanciona “la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato”. Por tanto, en el caso de este artículo, el comportamiento abusivo es la falta de reintegración de las cantidades abonadas por servicios no prestados, que debería seguir a la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1123 CC. No obstante, en el caso que nos ocupa, el carácter abusivo de la condición general se aprecia en la posibilidad de resolución arbitraria por parte del empresario mediante la cancelación del segundo vuelo, y no en la negativa a reintegrar el precio pagado. No se suscita en el juicio la cuestión del reembolso del primer billete.

Para fundamentar la posibilidad de resolución del contrato, tiene que existir un incumplimiento previo de una obligación del consumidor. En el contrato de transporte aéreo, la obligación principal del pasajero es pagar el precio, a cambio del cual adquiere un derecho a viajar en las determinadas fechas (cfr. artículo 95 de la Ley 48/1960, de Navegación Aérea). La cláusula que estamos analizando en práctica está convirtiendo el derecho a viajar en una obligación de viajar, para legitimar la resolución

del contrato cuando el consumidor desista del primer viaje, aunque haya abonado todo el precio estipulado. Por tanto, se está produciendo un desequilibrio grave entre derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y por ello, la cláusula es abusiva, pero no en virtud del artículo 87.4 del RDL 1/2007, sino de acuerdo con la cláusula general del artículo 82 del RDL 1/2007.

NOTAS:

1 El Convenio de Montreal fue celebrado por la Unión Europea y ratificado por España. Véase la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) [Diario Oficial L 194 de 18 julio 2001], y Boletín Oficial del Estado de 20 mayo 2004.

2 No obstante, si una de las partes litigantes no ha ratificado el Convenio de Montreal, pero ambas han firmado el Convenio de Varsovia, se aplicará el sistema de Varsovia, salvo que se trate de un vuelo de transportista comunitario, en cuyo caso resultará aplicable el Convenio de Montreal en virtud del Reglamento 2027/97 (art. 1 y 3.1 del mismo) y también Reglamento 261/2004 (art. 3.1 b) del mismo), si se transportan pasajeros de un país no perteneciente a la Unión Europea, al territorio de un Estado miembro.

3 Pese a que el propio articulado del Convenio de Montreal excluye del ámbito de su aplicación el transporte nacional en el territorio de un Estado Parte, hay que señalar que el Reglamento 2027/97 (modificado por Reglamento 889/2002) en sus artículos 1 y 3.1 declara aplicable el Convenio de Montreal en todo lo relacionado con la responsabilidad de un transportista comunitario por el transporte de pasajeros y su equipaje, y extiende la aplicación de las disposiciones del Convenio al transporte interior en un Estado miembro. Cfr. Audiencia Provincial de Álava, sentencia de 20 enero, AC 2009\396, en caso de pérdida de equipaje en un vuelo nacional.

4 Derecho Especial de Giro (DEG) es un activo de la reserva internacional creada por Fondo Monetario Internacional en 1969. Su equivalencia en euros puede consultarse en la página web del Banco

de España (<http://www.bde.es>). A día de 12 mayo 2010, un euro correspondía a 0,8555 DEG.

5 La cuestión prejudicial deriva del litigio entre la International Air Transport Association (IATA) y la European Low Fares Airline Association (ELFAA), por una parte, y el Department for Transport (Ministerio de Transportes), y fue planteada al TJCE por High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido) mediante resolución de 14 de julio de 2004.

6 *“Italia multa a Ryanair con 3 millones por no asistir a los afectados por la nube volcánica”*, publicado en “La Expansión” 15 mayo 2010, <http://www.expansion.com/2010/05/15/empresas/1273942416.htm>

7 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 1 mayo 2010, Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (España) el 11 de febrero de 2010 — Aurora Sousa Rodríguez y otros/Air France S.A., Asunto C-83/10, (2010/C 113/37)

8 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 1 mayo 2010, Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (España) el 11 de febrero de 2010 — Aurora Sousa Rodríguez y otros/Air France S.A., Asunto C-83/10, (2010/C 113/37)

LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE RECURSOS Y SU INCIDENCIA EN CASTILLA-LA MANCHA

José Antonio Moreno Molina, Profesor
Titular de Derecho Administrativo de la UCLM

SUMARIO

1. Objetivo y principales previsiones de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. 2. La nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. 3. El carácter ahora potestativo del recurso especial 4. El cuestionable mantenimiento del limitado ámbito de aplicación del recurso 5. Decisiones impugnables y desarrollo del procedimiento 6. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 7. La necesidad de creación en Castilla-la Mancha de un órgano independiente para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación 8. El régimen supletorio para Castilla-la Mancha 9. La regulación aplicable a las Corporaciones locales 10. La alteración del carácter antiformalista de la contratación pública con la aprobación de la Ley 34/2010

1. OBJETIVO Y PRINCIPALES PREVISIONES DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.

El BOE de 9 de agosto de 2010 publicó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Ley de contratos en los conocidos en la jerga comunitaria como sectores especiales, LCSE), y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

La reforma legal tiene como única finalidad la adaptación de estas normas a las exigencias de la Directiva comunitaria 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales¹.

El artículo 3 de la Directiva 2007/66 preveía que los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar

cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 20 de diciembre de 2009, plazo que se ha superado ampliamente, como por lo demás ha sido desgraciada costumbre en la incorporación al Derecho español de las normas europeas sobre contratos públicos. El último ejemplo de estos retrasos fue el producido para la adaptación de las trascendentes Directivas 2004/17 y 2004/18//CE, puesto que el 31 de enero de 2006 finalizó su plazo de trasposición y sin embargo la entrada en vigor de las Leyes que las traspusieron al ordenamiento español, la LCSP y la LCSE, no se produjo sino hasta mayo de 2008.

Por ello, el Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia², lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó inicialmente que con la aprobación de la LCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente as exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos de la LCSP).

Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008³, argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona por la Comisión la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de

adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz.

Con la reforma de la LCSP operada por la Ley 34/2010 se introducen importantes novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación y se crea para su resolución un órgano independiente de carácter administrativo, que se denominará en la Administración del Estado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La Ley 34/2010 prevé también la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas. Asimismo, para el caso en que el órgano de contratación infrinja las normas relativas a la publicidad de la licitación o a la suspensión de la adjudicación en caso de recurso, la norma establece la declaración de ineficacia del contrato o, en los casos en que el interés público aconseje mantener su eficacia, la imposición de sanciones a los poderes adjudicadores. Se regulan así en los artículos 37 a 39 de la LCSP los supuestos especiales de nulidad contractual, las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad y la interposición de la cuestión de nulidad⁴. Con ello se pretende reforzar la garantía de igualdad, transparencia y no discriminación en la selección de los contratistas.

Con el objetivo de dar plena satisfacción a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, se refunde en uno sólo los actos de adjudicación provisional y definitiva (¡qué poco ha durado la doble fase!⁵) haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta reforma genera la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la LCSP que han resultado afectados por ella aún cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación.

Destacar asimismo que durante el trámite de enmiendas en el Senado fue introducida en la Ley 34/2010 una previsión referida al fomento, preferencia y disponibilidad de los medios electrónicos,

informáticos y telemáticos en la contratación pública. En efecto, se introdujo en la Ley 34/2010 un nuevo apartado treinta y cinco bis para añadir un apartado 3 a la disposición adicional decimonovena de la LCSP⁶. La nueva norma, en cumplimiento del principio de transparencia en la contratación y de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, establece que

“se fomentará y preferirá el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley por parte de los licitadores o los candidatos. En todo caso en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, dichos medios deberán estar disponibles en relación con la totalidad de los procedimientos de contratación de su competencia”.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

La Ley 34/2010 crea un nuevo Libro VI de la LCSP para regular el “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”, al que dedica los artículos 310 a 320, sustituyendo así al Capítulo VI del Título I del Libro I de la LCSP que, con el mismo encabezado, se ocupaba de la materia en los artículos 37 a 39.

Si tenemos en cuenta que la regulación de las medidas provisionales que llevaba a cabo el artículo 38 de la LCSP ha pasado mejorada técnicamente al nuevo artículo 313 de la Ley y que la limitada previsión de arbitraje que contemplaba el artículo 39 se ha trasladado sin modificación alguna al nuevo artículo 320 de la LCSP, la verdadera novedad de la reforma legal se encuentra en el tratamiento del recursos especial en materia de contratación, objeto antes de un solo precepto –el artículo 37 de la LCSP- y desarrollado ahora en los artículos 310 (actos recurribles), 311 (órgano competente para la resolución), 312 (legitimación), 314 (iniciación del procedimiento y plazo), 315 (efectos derivados de la interposición), 316 (tramitación del procedimiento), 317 (resolución), 318 (determinación de la indemnización) y 319 (efectos de la resolución).

Aunque el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP incluía la regulación del recurso especial y de los medios alternativos de resolución de conflictos en un nuevo título, el IV, del Libro V de la LCSP, tras las observaciones del Consejo de Estado en su dictamen nº 499 de 2010 se decidió dedicar a estas disposiciones un nuevo Libro⁷.

La ubicación sistemática en el Libro V de la LCSP, dedicado a la “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, sólo podía justificarse por la regulación del nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Pero el resto de las disposiciones planteadas, referidas a los actos recurribles, a la legitimación o al procedimiento del recurso especial nada tienen que ver con el objeto del Libro V y podrían haberse incluido en los Libros I (donde se ubicaron en la redacción originaria de la Ley) ó III (que regula la selección del contratista y la adjudicación de los contratos) de la LCSP.

En cualquier caso, la opción del legislador de dedicar a la materia un nuevo Libro resulta acertada. De esta forma se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos libros dentro de la compleja estructura de la LCSP.

3. EL CARÁCTER AHORA POTESTATIVO DEL RECURSO ESPECIAL

Frente al carácter preceptivo del recurso especial en la regulación del artículo 37 de la LCSP (el apartado primero del precepto señalaba que “las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada (...) deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo (...)”)⁸, el nuevo artículo 310 señala en su apartado 6 que el “recurso especial regulado en este artículo tendrá carácter potestativo”. La conveniencia de su carácter potestativo había sido defendida por el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo⁹.

La mención expresa al carácter potestativo del recurso que se recoge en el artículo 310.6 se debe al dictamen del Consejo de Estado 499/2010, de 29 de abril¹⁰, ya que el texto del anteproyecto no lo indicaba con claridad.

Ahora bien, hay que advertir de las consecuencias que supone esta característica del recurso, ya que si los licitadores afectados deciden acudir directamente al recurso contencioso administrativo para la impugnación de las decisiones adoptadas en el seno de un procedimiento de contratación las reglas aplicables serán muy diferentes a las aplicables si lo que deciden es interponer un recurso especial. En concreto, son trascendentes las diferencias en cuanto al plazo de interposición de los dos tipos de recurso (15 días hábiles el especial –art. 314.2 LCSP- y 2 meses el contencioso administrativo –art. 47 LJCA-) y a la suspensión automática o no del expediente de contratación (que se producirá como efecto derivado del recurso especial de acuerdo con el artículo 315 de la LCSP y que sin embargo no regirá en el caso de que se presente un recurso contencioso, supuesto en que resultarán de aplicación las reglas de los artículos 129 y 130 de la LJCA –se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares y “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”-, que en la práctica en pocas ocasiones dan lugar a la suspensión de los procedimientos).

El artículo 310 mantiene por otra parte el carácter exclusivo del recurso, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el apartado 2 del precepto (artículo 310.5).

Pero la Ley reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2).

En este último supuesto, la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida hasta que el órgano competente para resolverlo decida sobre el fondo de la cuestión planteada. En todo caso, si la resolución no fuese totalmente estimatoria, la suspensión persistirá en los términos previstos en el artículo 315 de la LCSP.

Se configura pues el recurso especial en materia de contratación como potestativo y exclusivo.

Como señala el artículo 319 de la LCSP, contra la resolución

dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 11, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo

10, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dado que la independencia de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación es incompatible con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas o fiscalizadas en vía administrativa, la LCSP precisa ahora que no procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de la propia norma y en el Capítulo 1 del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311 de la LCSP. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito¹¹.

4. EL CUESTIONABLE MANTENIMIENTO DEL LIMITADO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECURSO

Una de las características más destacadas del recurso especial es que no se aplica a todos los contratos del sector público, sino sólo a los que identifica el apartado 1 del artículo 310.

En este punto no ha habido reforma alguna en la nueva regulación frente al ámbito de aplicación que establecía el artículo 37.1 de la LCSP, lo que merece ser criticado puesto que, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, la conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada¹².

Así lo ha señalado además la jurisprudencia del TJUE¹³ y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública¹⁴.

En concreto, serán así susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 del artículo 310, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

d) Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de la LCSP.

Hay que recordar que durante la tramitación parlamentaria de la LCSP se amplió el ámbito de aplicación del recurso especial, que en el anteproyecto de LCSP únicamente se contemplaba en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada. Se decidió de esta forma aplicar también a algunos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos sujetos a regulación armonizada, criterio que el legislador concretó en ciertos contratos de gestión de servicios públicos y de “servicios no prioritarios” (terminología comunitaria para los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II LCSP¹⁵), contratos éstos últimos que en la LCSP no tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

5. DECISIONES IMPUGNABLES Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Con una acertada separación en distintas letras, el nuevo artículo 310.2 de la LCSP mejora la redacción del apartado 2 del artículo 37 para identificar como actos recurribles:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite

que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.

Se concreta ahora por la Ley que se incluyen entre los actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento a los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Como principal novedad frente a la regulación anterior, ya no se hace referencia a los acuerdos de adjudicación provisional al haberse suprimido esta fase en los procedimientos contractuales, como será objeto posterior de detenido análisis.

El TJUE ha insistido en la necesidad de “garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”¹⁶.

La sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671, apartado 35), declaró que se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 que los recursos que contempla tienen por objeto las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.

En su Sentencia de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00, Comisión contra España, el Tribunal consideró conforme al Derecho comunitario el régimen español de impugnación de los actos de

trámite, ya que con arreglo a los artículos 107 de la LRJPAC y 25.1 de la LJCA los actos de trámite son recurribles cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En este mismo sentido se recogen los actos de trámite como susceptibles del recurso especial en el apartado 2.b) del artículo 310 de la LCSP.

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 310 de la LCSP (como hacía en su redacción inicial el apartado 1 del artículo 37 de la LCSP) excluye del recurso especial a los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97 de la Ley. Se trata de una lógica consecuencia de la especial naturaleza de la tramitación de emergencia, aplicable cuando la Administración tiene que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, y que implica la posibilidad de contratación verbal.

En relación con las novedades que afectan al procedimiento, hay que destacar en primer lugar que se sujeta en el artículo 314 de la LCSP la admisión del recurso al anuncio previo del propósito de interponerlo (trámite que debe cumplimentarse en el mismo plazo que el disponible para la interposición del recurso), configurándose como causa de inadmisión del recurso la no justificación de ese anuncio.

También se contempla como novedad la posibilidad de que, a solicitud del interesado, pueda imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso¹⁷.

Por otra parte, se amplía el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación de 10 a 15 días hábiles, aunque se mantiene sin justificación su cómputo en días hábiles y no en días naturales como exige por razones de seguridad jurídica el Derecho comunitario¹⁸.

Asimismo, la reforma legal aclara el “dies a quo” para el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial: será el siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4 de la LCSP.

Ahora bien, como advierte BERNAL BLAY, M.A.¹⁹, la regla fijada por el nuevo artículo 314.2 de la LCSP se aplica a la impugnación del acto de adjudicación del contrato, que es el que contempla el apartado

4 del artículo 135 de la LCSP, en su nueva redacción, de forma que para recurrir el contenido de los pliegos u otros actos del procedimiento, el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 314.2 y 142 de la LCSP.

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LRJPAC, con las especialidades que recoge el artículo 316 de la LCSP.

Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, éste deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro del mismo corto plazo de dos días hábiles siguientes a su recepción, acompañado del expediente administrativo y del informe.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 313.2²⁰. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 313 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado precepto, que contemplan que cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida; y que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del

recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

El apartado 5 del artículo 316 de la LCSP contiene una importante mención al principio de confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación. Corresponderá al órgano competente para la resolución del recurso decidir cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

En cuanto a la resolución del recurso especial, se producirá dentro de los cinco días

hábiles siguientes a que se reciban las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Si como consecuencia del contenido de la resolución fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 135.

Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.

La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

6. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Como destacó con contundencia la doctrina administrativista²¹, una de las limitaciones más importantes de la regulación del recurso especial en el artículo 37 de la LCSP fue la atribución de la competencia para la resolución del mismo al órgano de contratación, convirtiendo así el recurso en un equivalente a un recurso administrativo de reposición. De esta forma no se cumplían las exigencias del Derecho de la Unión Europea en la materia que exigía la resolución del recurso por un órgano independiente de la Administración contratante.

La normativa comunitaria encomienda la resolución de los recursos a un órgano independiente del órgano de contratación (artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE). Dicho órgano independiente puede tener carácter jurisdiccional o administrativo. En este último caso (apartado 9 del artículo 2 de la citada Directiva), el nombramiento de sus miembros y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, exigiéndose que el presidente posea, como mínimo, las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez.

Esta instancia independiente adoptará sus decisiones, que deberán ir siempre motivadas por escrito y que tendrán efectos jurídicos vinculantes, previa realización de un procedimiento contradictorio. Además, dichas resoluciones han de poder ser objeto de recurso ante un órgano jurisdiccional.

En su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, la Comisión Europea señaló que la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues ha de presentarse ante el órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito; lo cual es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que los licitadores excluidos que deseen recurrir una decisión de adjudicación provisional están obligados a interponer este recurso especial antes de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. No se cuestiona la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación

A diferencia de la legislación estatal, en la normativa autonómica en materia de contratación pública hay que destacar que la Ley 3/2003 de Baleares y la Ley Foral 6/2006 atribuyeron la resolución de los recursos administrativos en materia de contratación a sus respectivas Juntas Consultivas de Contratación.

En efecto, el artículo 210 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, al regular las reclamaciones en materia de contratación pública establece en su apartado primero que:

“La reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante la Junta de Contratación Pública por las empresas y profesionales interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, dictados por una entidad sometida a la presente Ley Foral en un procedimiento de adjudicación, con las salvedades previstas en esta Ley Foral respecto al Parlamento de Navarra, las Entidades Locales de Navarra y la Universidad Pública de Navarra”.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Baleares resuelve el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Reza así el citado precepto:

“1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un

recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de

reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de

Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente

ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se

interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo

de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del

expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.

3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.

4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el

órgano de contratación que dictó el acto impugnado”.

Pues bien, como una de sus principales novedades, la Ley 34/2010 prevé que en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación corresponderá al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un número mínimo de dos vocales²², para cuya provisión se publicó la correspondiente convocatoria en el Boletín Oficial del Estado

el 16 de agosto de 2010, es decir, dentro de los siete días siguientes a la publicación de la Ley 34/2010, tal y como preveía su disposición transitoria primera²³.

Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de cuerpos a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

El Presidente del Tribunal deberá ser funcionario de cuerpo para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

La designación del Presidente y los Vocales de este Tribunal se realizará por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. La duración del nombramiento será de seis años y no podrá prorrogarse.

Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- e) Por condena a pena privativa de libertad o inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito doloso²⁴.
- f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

La disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé que a medida que el número de recursos sometidos a su conocimiento y resolución lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma.

7. LA NECESIDAD DE CREACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA DE UN ÓRGANO INDEPENDIENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

En el marco de lo establecido por la Directiva 2007/66/CE, Castilla-la Mancha podrá crear un órgano propio para resolver los recursos que se planteen en sus propios procesos de contratación, si bien la Ley 34/2010 también permite la posibilidad de que encomienden voluntariamente la resolución de los mismos al Tribunal Administrativo Central²⁵.

La competencia para resolver los recursos será establecida por las respectiva norma autonómica que se apruebe, debiendo éstas crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales análogas a las establecidas en el apartado primero del artículo 311 de la LCSP. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.

Pero también Castilla la Mancha podrá prever en su legislación la interposición de un recurso administrativo previo al recurso especial en materia de contratación establecido en el artículo 310.

En este último caso, la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida hasta que el órgano competente para resolverlo decida sobre el fondo de la cuestión planteada. En todo caso, si la resolución no fuese totalmente estimatoria, la suspensión persistirá en los términos previstos en el artículo 315 de la LCSP.

8. EL RÉGIMEN SUPLETORIO PARA CASTILLA-LA MANCHA.

Puesto que el Tribunal Constitucional expresamente ha admitido que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias

de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria, se prevé en la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 un régimen para las Comunidades Autónomas aplicable en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos.

De esta forma, en tanto Castilla-la Mancha no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 de la LCSP, o en los artículos 109 a 111 de la LCSE, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 de la primera o en el artículo 101.1 de la segunda, y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las normas que establece la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010²⁶.

En concreto, serán recurribles los actos mencionados en el artículo 310.2 de la LCSP, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo o, en su caso, los mencionados en el artículo 101.1 a) de la LCSE.

La competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad y los recursos se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 de la LCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 de la LCSE.

En fin, las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

9. LA REGULACIÓN APLICABLE A LAS CORPORACIONES LOCALES

En el caso de las Corporaciones locales, el artículo 311.3 de la LCSP prevé que la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponderá al mismo órgano independiente creado para resolver los de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se integran.

Cuando la Comunidad Autónoma hubiere optado por atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales, se entenderá que todas las Entidades Locales integradas en su territorio atribuyen la competencia para resolver los recursos especiales interpuestos contra sus actos a este mismo Tribunal.

En las Comunidades Autónomas, como Castilla-la Mancha, que tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, las normas anteriores sólo serán de aplicación si no hubieran establecido un régimen propio en relación con la competencia para resolver²⁷.

Ahora bien, las propias Corporaciones locales podrán atribuir individualmente la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en que la Corporación sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Este convenio se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Comunidad Autónoma y no producirá efectos hasta que se haya publicado en ambos.

En el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales²⁸, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso.

10. LA ALTERACIÓN DEL CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 34/2010

El artículo 27 de la LCSP, en su redacción dada por la Ley 34/2010, establece que “los contratos que celebren los poderes adjudicadores, se perfeccionan con su formalización”.

Con la nueva regulación de la perfección de los contratos se transforma la tradicional naturaleza antiformalista de los contratos públicos en España.

Los cimientos del sector de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español se siguen viendo alterados por influencia europea. Ya la LCSP había incorporado en el Derecho español de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho de la Unión Europea, definiendo en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Frente a la tradición española, extendida hasta el TRLCAP, que resaltaba como objetivo fundamental de la normativa en la materia la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una legislación basada en la figura del contrato administrativo y defensora de las prerrogativas públicas en los mismos, la LCSP se apoya directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y antepone a todos los demás objetivos asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada²⁹.

Pues bien, desde la LCE de 1965 a la LCSP de 2007, pasando por la LCAP de 1995 y el TRLCAP de 2000, la contratación administrativa era eminentemente formalista, como se desprendía de la Administración no pudiera contratar verbalmente y de que el inicio de la ejecución del contrato dependiera de su formalización. Sin embargo, la forma escrita ha carecido hasta la fecha de carácter constitutivo. El contrato no se perfeccionaba con la formalización sino con la adjudicación. De acuerdo con la redacción originaria del artículo 27.1 de la LCSP, “los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella”. Desde la adjudicación definitiva el contrato existe y obliga como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afectaba a la existencia ni a la validez del contrato; y de ahí que la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista determine su resolución con incautación de la garantía. Se seguía, pues, la regla general de que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento (artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil).

Cuando la LCSP estableció como novedad frente a la regulación anterior la distinción entre las fases de adjudicación provisional y definitiva, se mantuvo el carácter antiformalista. Las dos fases se separaron por un lapso de quince días hábiles y durante los diez primeros días de ese plazo podían los interesados interponer el recurso

especial en materia de contratación, que producirá de forma automática la suspensión del procedimiento, suspensión que se mantendrá hasta la resolución del recurso.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria AG y otros, Siemens AG Österreich y Sag-Schrack Anlagentechnik AG contra Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, asunto C-81/98, señaló sobre las exigencias de las directivas recursos que habría de verificarse la inserción de “un periodo de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su formalización (dando por descontado que la perfección del vínculo se produce por medio de ésta) de duración suficiente para permitir la interposición del correspondiente recurso, y la atribución a la presentación de éste de un efecto suspensivo automático”.

El anteriormente citado dictamen motivado de la Comisión Europea ocasionado por el incumplimiento de la sentencia TJUE de 3 de abril de 2008 entiende que la dualidad adjudicación provisional-definitiva en la LCSP no da adecuada respuesta a las exigencias derivadas de las directivas de recursos. De ahí que la Ley 34/2010 suprima la fase de la adjudicación provisional y además exija una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen. Ahora la formalización pasa pues a ser constitutiva del contrato.

Como establece con su nueva redacción el artículo 140 de la LCSP:

“1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los

correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 122.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 95.

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 310.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado l suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 135.4.

4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

5. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 97 de esta Ley”.

En la nueva normativa, y en relación con los contratos celebrados por poderes adjudicadores, ha desaparecido, como causa de resolución de los contratos, la de su falta de formalización.

De otra parte, como advierte el Consejo de Estado en su dictamen 499/2010, de 29 de abril, también cabe apreciar una distinta delimitación de los supuestos a los que ha de entenderse referido ese doble mecanismo, hasta ahora de adjudicación provisional y adjudicación definitiva, y con la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de adjudicación y formalización. En efecto, con arreglo a la redacción anterior de la LCSP (artículos 27

y 135), el periodo que mediaba entre la adjudicación provisional y la definitiva se daba en todos los contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de sus características, y en los contratos celebrados por las restantes entidades del sector público cuando estuviesen sujetos a regulación armonizada.

La nueva regulación opta, sin embargo, por utilizar un único criterio -el de la celebración del contrato por un poder adjudicador- a la hora de definir el esquema adjudicación/formalización. Ello supone una mayor homogeneidad en el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, desapareciendo el distinto tratamiento derivado de que los contratos celebrados por dichos poderes estuvieran sujetos o no a regulación armonizada y de que, en definitiva, pudieran ser objeto o no de recurso especial.

NOTAS:

1 Para un análisis de la Directiva puede verse NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 299 y ss.

2 El proyecto de Ley fue tramitado por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 75.2 de la Constitución.

3 Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, asunto C-444/06.

4 La Ley 34/2010 transpone en este punto las exigencias de la Directiva 2007/66/CE en la nueva sección segunda del capítulo V del título I del Libro I, comprensiva de los artículos 37 a 39, a los que se da nueva redacción (anteriormente estos preceptos regulaban el recurso especial en materia de contratación, las medidas provisionales y el arbitraje).

5 Véase al respecto CARBONERO GALLARDO, “Viajes de ida y vuelta: el regreso de la adjudicación única”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100 (2010).

6 Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 79-8, de 23 de julio de 2010.

7 Véase la letra g) (técnica normativa) del apartado VII del citado dictamen.

8 Critica el carácter obligatorio del recurso por su poca virtualidad práctica al ser resuelto por el mismo órgano de contratación y ser en consecuencia un obstáculo para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., “El recurso especial en materia de contratación”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 71 (2008), págs. 50 y ss.

También LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ (“El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, dir. MORENO MOLINA, J.A., CEMCI, Granada, 2008, p. 309) defendió la conveniencia del carácter potestativo del recurso especial para que fuera el operador el que tuviera la opción de decidir si utilizarlo o no y para que no fuera un obstáculo innecesario que retrasase una decisión sobre la ilegalidad invocada, en la medida en que en España “la estimación de los recursos administrativos previos es mínima o prácticamente nula”. La autora entiende aplicable en este punto la doctrina del TJUE sobre limitación de acceso a los procedimientos de recurso establecida en las sentencias de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01, Fritsch y de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/00, Grossmann.

9 Apartado X.4.b).

10 Apartado VII.B.b).

11 Esta previsión fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 34/2010. En concreto, la enmienda nº 24 del Grupo Parlamentario Socialista propuso que se añadiera un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 319 de la LCSP, así como al artículo 108, apartado 1, de la LCSE.

12 El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 18/2008, de 21

de julio, también concluye que carece de justificación la limitación del recurso a los contratos armonizados.

13 Véanse, por todos, los asuntos C-324/98, Telaustria [2000] REC I-10745, considerando 62; C -231/03 Coname, sentencia de 21.7.2005, considerandos 16 a 19 y C -458/03, Parking Brixen, sentencia de 13.10.2005, considerando 49.

14 Comunicación 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006.

15 Acerca de los contratos de servicios de las categorías 17-27 del anexo II de la LCSP y del concepto de “interés transfronterizo”, puede verse la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2007, asunto C-507/03, Comisión/Irlanda.

16 STJUE sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, asunto C-81/98.

17 De acuerdo con el nuevo artículo 318 de la LCSP, cuando proceda la indemnización, ésta se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La indemnización deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

18 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 319.

19 “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100 (2010).

20 Asimismo en este mismo plazo, se resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la LCSP, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso el órgano competente resolverá sobre ellas sin suspender el procedimiento principal.

21 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos*

del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 329 y ss.; NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 320 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, “El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales* (dir. MORENO MOLINA, J.A.), CEMCI, Granada, 2008, págs. 301 y ss.; y RAVENTÓS SOLER, A. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “El recurso especial en materia de contratación, un año después... y el Reino de España empeñado en no cumplir la Directiva de recursos”, *Diario La Ley* nº 7211 (2009), Ref. D-244.

22 El proyecto de Ley de modificación de la LCSP contemplaba un mínimo de tres vocales, pero se cambió a dos vocales tras la aprobación de la enmienda nº 20 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).

23 Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

24 La redacción de la causal proviene de la enmienda nº 21 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).

25 En cuyo caso deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, “en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” (párrafo 4 del apartado 2 del artículo 311 de la LCSP).

26 El texto de la disposición transitoria segundo fue introducido por la enmienda nº 32 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5), que añadió expresamente previsiones sobre las reclamaciones de la LCSE.

27 Esta precisión fue establecida por la enmienda nº 38 del Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales

de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5), que se justificó por la falta de sentido de que los entes locales atribuyan la competencia para la resolución de recursos contra sus actos a órganos alejados del territorio, mas cuando las Comunidades Autónomas en las que radican hayan procedido a la creación de órganos específicos.

28 Se preveía en el Anteproyecto (en el texto propuesto para el apartado 3 del nuevo artículo 311 de la LCSP), que la designación del titular del órgano se efectuaría por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente de la Diputación a través del Ministro de Economía y Hacienda entre funcionarios juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio profesional.

29 De acuerdo con el citado artículo 1 de la LCSP, la norma de cabecera de todo el nuevo Derecho español de la contratación pública, que se aplica además a todas las Administraciones y organismos y entidades públicas, junto a la garantía de la igualdad, publicidad y transparencia fija como novedosos objetivos de la norma “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Se entiende por ello que cuando la LCSP señala en el párrafo 2 del citado artículo 1 que “es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”, reconoce el papel secundario y parcial de esta normativa con respecto a sus objetivos principales sentados en el párrafo anterior. De esta forma, las prerrogativas o cláusulas exorbitantes resultan sólo aplicables a algunos de los contratos públicos celebrados por las Administraciones públicas, los contratos administrativos típicos o especiales, no así a los contratos celebrados por los restantes poderes adjudicadores y entidades del sector público, que, por el contrario, sí están sujetos en todo caso a los principios generales de la contratación pública y por tanto al respeto de las reglas derivadas de la libre competencia.

Las prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos se recogen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP –artículos 194 y 195-.

SOBRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA¹

Luis Prieto Sanchís

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

1.- La vocación iusfundamental de los Estatutos de Autonomía; 2.- Los derechos y la ley; 3.- Los derechos y la distribución de competencias; 4.- La interpretación de los derechos.

1.- LA VOCACIÓN IUSFUNDAMENTAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

La inclusión de una tabla de derechos que, bajo distintas denominaciones, evoca a las tradicionales *Declaraciones de derechos* que por lo común forman la primera parte de los textos constitucionales, es una novedad de la que pudiéramos llamar “segunda generación” de Estatutos de Autonomía. En los de la primera generación solía incluirse poco más que una norma claramente reiterativa y por tanto innecesaria para recordar que los ciudadanos de la Comunidad respectiva eran titulares de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos (art. 4,1 del Estatuto de Castilla-La Mancha, por ejemplo); acaso alguna referencia al art. 9,2 CE, comprometiendo a las instituciones autonómicas en esa empresa de promover las condiciones y de remover los obstáculos para alcanzar la plena realización de la libertad y de la igualdad de todos los individuos y grupos; acaso también algunas referencias más o menos detalladas a promesas o compromisos políticos, sobre todo en materia de derechos sociales²; y, como digo, poco más³.

Los nuevos Estatutos, sin embargo, coinciden todos ellos en incorporar una solemne declaración de derechos, tal vez por tratarse de una expresión sentida del autogobierno en las distintas Comunidades, tal vez por simple mimetismo entre unas y otras, y en todo caso segura-

mente también por el propósito de rodear el acto *estatuyente* de un halo *constituyente*. Comenzó el Estatuto valenciano (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), cuyo Título II lleva por rúbrica *De los derechos de los valencianos y valencianas*; siguió el catalán (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), que dedica su Título I a los *Derechos, deberes y principios rectores*; más tarde el Estatuto de las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero) habló también en su Título II *De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears*; el andaluz (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), que consagra su Título I a los *Derechos sociales, deberes y políticas públicas*; el de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) cuyo Título I incorpora los *Derechos y principios rectores*; y, finalmente, el de Castilla-León (Ley Orgánica 14/2007), que asimismo en su Título I recoge los *Derechos y principios rectores*. Como mera curiosidad, obsérvese que, salvo los casos de Aragón y Castilla y León, no hay dos rúbricas iguales, pero que todas ellas se aproximan o parecen querer recordar a las de las Secciones y Capítulos del Título I de la Constitución, aunque sin coincidir exactamente con ninguna.

Que los Estatutos de Autonomía incorporen derechos fundamentales o pretendidamente fundamentales⁴ parece en verdad cosa discutible, tanto desde una perspectiva dogmática como desde las premisas filosófico-políticas que inspiran el modelo del Estado constitucional basado en derechos. Comenzando por esto último, parece que la estricta *égalité en droits* representó ya en los orígenes del liberalismo revolucionario el rasgo definidor de la condición de ciudadano, propiamente el único rasgo definidor, porque alguien es ciudadano en la medida, y sólo en la medida, en que sea igual a otro ciudadano al menos en derechos fundamentales. Frente a la dispersión normativa y a las diferencias de estatus características del Antiguo Régimen, el nuevo Estado liberal se construye justamente a partir de la igualdad de derechos de todos sus componentes; igualdad asegurada por leyes generales, abstractas y únicas para todos⁵. Y parece obvio que la regulación de derechos por parte de los Estatutos de Autonomía viene a romper esa igualdad y anuncia desarrollos crecientemente diferenciados entre las distintas Comunidades Autónomas. Bien es verdad que, al margen de gustos u opiniones, este resultado parece inevitable si se da carta de naturaleza a la existencia de ordenamientos particulares: los derechos y obligaciones no pueden ser los mismos para todos los españoles en el marco de lo que se ha dado en llamar un Estado compuesto⁶, y por lo demás la experiencia autonómica de estas décadas así lo demuestra, sobre todo en aquellos ámbitos en los que con más fuerza se han desenvuelto las competencias transferidas, como la sanidad, el medio ambiente o la educación.

Aunque resulte paradójico, la misma perplejidad que acaba de sugerirse representa también con toda probabilidad el motivo que explica la vocación *iusfundamental* del nuevo movimiento estatutario: la emulación constitucional y la ilusión fundante de la decisión comunitaria. Porque, en efecto, los derechos expresan esa reserva de “derecho natural” que, al constituir la sociedad política en una recreación del hipotético y legitimador contrato social, hacen los ciudadanos para identificarse como tales en el seno de una organización política autónoma y diferenciada. Una norma de competencia es simplemente una norma secundaria de organización y distribución del poder, que además puede traer causa de cualquier otra norma sobre la producción jurídica; una norma de derechos fundamentales es, en cambio, una norma sustantiva capaz de expresar esa *emoción constituyente* de quien, como parte en un contrato, da vida a una institución que se explica y justifica precisamente en la salvaguarda y realización de tal horizonte normativo. Porque un derecho fundamental, en nuestra actual cultura jurídica, se define como un derecho que vincula a todos los poderes del Estado, incluido el poder mayoritario encarnado en el Parlamento, y esto es algo que, siquiera ideal o metafóricamente, sólo puede hacerse desde fuera del Estado, es decir desde el poder constituyente o soberanía popular⁷. Si no me equivoco, es la función emotiva y simbólica que se advierte tras esa emoción constituyente, más que el designio de proveer a los individuos de un catálogo efectivo y eficaz de derechos específicos, la que impulsa el solemne reconocimiento estatutario de un puñado de derechos. De hecho, resulta dudoso que los destinatarios del Estatuto posean después de su promulgación más o mejores derechos que al amparo directo de la Constitución; y esto aunque sólo sea porque tales derechos muchas veces se configuran como meras reiteraciones o especificaciones de derechos ya existentes, y además ni siquiera son propiamente estatutarios en su conformación, pues con mucha frecuencia esta última queda diferida a la normativa de desarrollo. La reciente jurisprudencia constitucional, que seguidamente comentaremos, creo que confirma esta opinión.

Pasando al plano dogmático, la Constitución parece presentar algunas dificultades tanto al ejercicio de competencias autonómicas en materia de derechos fundamentales como, más claramente aún, a la inclusión de catálogos de derechos en el seno de los Estatutos de Autonomía⁸. Muy resumidamente, creo que estos son algunos de los argumentos fundamentales que pueden esgrimirse y que de hecho se han esgrimido: primero, que la igualdad ante la ley impone un régimen común para todos los ciudadanos, al menos en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, que no pueden verse afectados por la estructura territorial del Estado. Segundo, y conectado con el

argumento anterior, que la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos en materia de derechos resultaría contrario a lo que dispone el art. 139,1 CE: “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”. Tercero, que no existe una atribución constitucional de competencia normativa a favor de las Comunidades, sino que, al contrario, del art. 147,2 CE se deduce que los derechos no son una materia propia de los Estatutos, siendo este precepto, junto a otros complementarios, el marco *necesario* del contenido estatutario. Cuarto, que, de acuerdo con el art. 81 CE, el desarrollo de los derechos fundamentales exige la forma de ley orgánica, al menos, según interpretación jurisprudencial, por lo que se refiere a los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II. Quinto, que el art. 149,1,1º atribuye al Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, lo que si bien no cerraría el paso a todo derecho, sí impediría adoptar especificaciones sustantivas a propósito de los derechos del Capítulo II, Título I CE. Sexto, que el Estatuto es una norma también estatal, concretamente una ley orgánica, y resulta cuando menos anómalo que el Estado reconozca a ciertos ciudadanos derechos que niega a otros Y, en último lugar pero quizás sobre todo, que los Estatutos –formalmente leyes orgánicas pero con un procedimiento especial de reforma– no son normas idóneas para regular derechos fundamentales pues ello implicaría cercenar la libertad política del futuro legislador al imponer derechos vinculantes para todos los poderes públicos del ámbito territorial respectivo: en otras palabras, que en esta materia existe una reserva de Constitución.

Lo cierto es que algunos de estos obstáculos fueron sorteados por la jurisprudencia constitucional desarrollada en el marco de la primera generación estatutaria. Así, entre otras, la STC 76/83 ya advirtió algo tan obvio como repetido en estos treinta años de vida constitucional, y es que “la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte de territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento” (FJ 2); aun cuando algunos preceptos constitucionales procuren “una determinada uniformidad normativa”, las diferencias de régimen jurídico “resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía” (STC 319/93, FJ 5) Por eso, el mencionado art. 139,1 parece que debe ser entendido no en el sentido de que los españoles gozan de los mismos derechos en todo el territorio nacional, sino de que gozan de los mismos derechos dentro de cualquier parte del territorio, aunque en cada una de esas partes puedan regir derechos distintos. A su vez, la exigencia del art. 53,1 CE de

que los derechos sólo sean regulados por ley debe entenderse como una exigencia de norma de las Cortes Generales y, por tanto, de norma igual para todos, sólo cuando afecte a las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”, pues en otro caso la ley “puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados” (STC 37/81, FJ 2). Incluso, tratándose de un derecho sometido a reserva de ley orgánica como es el derecho de asociación, el Tribunal admitió la regulación autonómica de ciertos aspectos más o menos secundarios (STC 173/98). En verdad, se registran también otros pronunciamientos que parecen ofrecer razones de orientación contraria, pero la evolución jurisprudencial acredita el progresivo alejamiento de la tesis mantenida en una de las primeras sentencias del Tribunal donde rotundamente se afirmaba que “los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado”, pues “establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna” (STC 25/81, FJ 5). Me permito subrayar esto último: sin mediación alguna.

Con posterioridad a la aprobación de los nuevos Estatutos, que es cuando lógicamente ha surgido con fuerza la polémica acerca de si estas normas pueden incorporar una tabla de derechos, otro importante sector doctrinal ha mostrado su conformidad⁹. El argumento fundamental consiste en negar que los Estatutos hayan de tener un contenido tasado desde la propia Constitución; por supuesto, estas normas han de presentar un contenido *necesario*, aquel que deriva del art. 147,1 CE, pero pueden también incorporar facultativamente otros contenidos, como la regulación de una tabla de derechos. Es más, hacerlo así constituye una expresión de autogobierno, esto es, de una autonomía política que pretende ser bastante más que una autonomía administrativa. Tales derechos estatutarios, por otra parte, ni podrían como es obvio ostentar la consideración de derechos constitucionales, ni podrían tampoco reducir o limitar el alcance de estos últimos: quedaría de este modo garantizada la igualdad de todos los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales, y también de los derechos estatutarios dentro de la correspondiente Comunidad. En suma –viene a sostenerse– nada impide que los Estatutos, además de normas de distribución de competencias, reconozcan también derechos individuales que, en lo que no sean simple reproducción o reiteración de los derechos constitucionales, tendrán la consideración de derechos estatutarios.

Pero, sobre todo, más allá de los debates doctrinales, contamos ya con una Sentencia del Tribunal Constitucional, la 247/2007 sobre el Estatuto valenciano, que igualmente ofrece una respuesta afirmativa a la pretensión iusfundamental de los Estatutos, aunque también, a mi juicio, bastante devaluadora del alcance efectivo de los derechos estatutarios¹⁰. Para empezar, confirma que la igualdad de derechos no es lo que sugiere la expresión, sino sólo “igualdad fundamental”, esto es, igualdad en aquellos aspectos de los derechos que requieren desarrollo mediante ley orgánica o que puedan integrarse en el concepto de “condiciones básicas” a que se refiere el art. 149,1,1º CE (FJ 4). Y, en coherencia con ese punto de partida, se excluye que el art. 139,1 imponga estricta y literalmente “la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Se trata sólo de un “sustrato de igualdad” o de una “igualdad sustancial” que no impide que “la normativa autonómica...incida en la regulación jurídica de esos derechos” (FJ 13). La un tanto espesa argumentación del Tribunal en este punto parece aproximar el sentido del art. 139,1 al del 149,1,1ª, sugiriendo algo así como que debe garantizarse una “igualdad en lo básico o fundamental”. En realidad, al final termina acogiendo la interpretación que antes se sugirió, a saber: no que todos los españoles tengan los mismos derechos y obligaciones cualquiera que sea su lugar de residencia, sino que todo español tiene en cualquier Comunidad los mismos derechos y obligaciones que los demás ciudadanos de esa particular Comunidad; o, lo que es lo mismo, el citado precepto “encuentra virtualidad y proyección en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas” (FJ. 14)¹¹. Naturalmente, todo ello con los límites que derivan de las normas generales que, de acuerdo con los arts 53,1 y 81,1 CE, definen el régimen jurídico de los derechos; y con el límite también de la regulación de las “condiciones básicas” o de la “legislación básica” contenidas en distintos apartados del art. 149,1 CE (FJ 13 y 14)

Asimismo y por lo que se refiere al contenido posible de la norma estatutaria, tras un largísimo razonamiento, la comentada sentencia 247/2007 viene a rendir homenaje al principio dispositivo¹², flexibilizando de un modo notable, aunque tal vez no muy preciso, el género de determinaciones que cabe incluir en un Estatuto de Autonomía. En particular, los Estatutos pueden incorporar aquel “contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión” con las previsiones del art. 147,2; y esa adecuación ha de entenderse referida “a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma” (FJ 12). Ahora bien, en

línea de principio, esto implica la posibilidad de incluir en los Estatutos una amplísima gama de derechos, pues muchos son los que pueden considerarse “complemento adecuado por su conexión” con el ámbito de las competencias. En pocas palabras, los Estatutos se conciben como la norma suprema o cabecera de una autonomía política y no meramente administrativa, por lo que, sin sobrepasar obviamente los expresos límites constitucionales, pueden asumir cualquier contenido que se juzgue ejercicio del autogobierno; y, en particular, la declaración de derechos, tal vez la más acabada expresión de ese autogobierno.

Ahora bien, ¿con qué alcance se pueden reconocer derechos? Aquí se abre una distinción fundamental entre dos clases de derechos: aquellos que se conectan de modo directo con el contenido constitucionalmente atribuido a los Estatutos, y aquellos otros que representan meras atribuciones competenciales a favor de las instituciones autonómicas. Entre los primeros cabe citar sobre todo los derechos vinculados con la participación política en las propias instituciones de la Comunidad: cuestiones relacionadas con el sufragio activo y pasivo, acceso a los cargos públicos, inviolabilidad e inmunidad parlamentaria, designación de senadores autonómicos, etc. Se trata siempre, sigue opinando el Tribunal Constitucional, de derechos que nacen “en los ámbitos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad”, como sucede de modo claro con la “capacidad que la Constitución reconoce a los Estatutos para ordenar la organización y funcionamiento de sus Cámaras legislativas: en tales supuestos, el Estatuto crea verdaderos “derechos públicos subjetivos”¹³ (FJ 15).

Otra cosa muy distinta ocurre con los demás derechos que el Estatuto puede reconocer al hilo de la atribución de competencias a las instituciones autonómicas. En este caso, los “derechos” estatutarios tendrán en realidad la consideración de mandatos o directrices dirigidos al legislador y no podrán adquirir “plena eficacia” ni ser objeto de tutela judicial directa hasta que dicho legislador autonómico no efectúe el correspondiente desarrollo en ejercicio de su competencia. Por tanto, en este ámbito los Estatutos “no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto”. Y, no pudiendo establecer derechos subjetivos, es claro que tampoco pueden acometer una regulación autónoma de los derechos constitucionales; es más, si el precepto estatutario fuese más allá de la mera reproducción de un precepto constitucional relativo a derechos, algo innecesario pero tampoco infrecuente, ese “más allá” sólo sería legítimo si guardase relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad y tendría en todo caso el valor de mera directriz (F J 15).

Tras esta diferenciación entre unos derechos y otros late a su vez un distinto tratamiento de los distintos apartados del art. 147, 2 CE y, en concreto, de sus letras c) y d): en lo que el Estatuto tiene de “organización de las instituciones”, puede dar vida a verdaderos derechos conectados o que vengan exigidos por esa tarea organizativa: las prerrogativas de sus parlamentarios, las peculiaridades del sufragio, etc. En cambio, en lo que el Estatuto tiene de norma de asunción y atribución de competencias a las instituciones comunitarias, deja de ser una norma directamente reguladora, de manera que los “derechos” que especifique –cualquiera que sea su denominación- habrán de considerarse como mandatos al legislador, esto es, no como normas sustantivas, sino como normas de competencia que habilitan para crear o perfilar derechos, pero que no están en condiciones de hacerlo directamente por sí mismas. Dicho de otro modo, se niega a los Estatutos una facultad que sí se reconoce al legislador autonómico, lo que no deja de resultar un tanto extraño y es muestra de la alambicada complejidad que va tomando el sistema de fuentes.

Ciertamente, la sentencia no aborda con un mínimo detenimiento qué debe entenderse por “mandato” o “directriz”, ni tampoco, por cierto, cuáles son sus concretas diferencias respecto de un “derecho” en sentido estricto, pero todo parece indicar que está pensando en la bien conocida distinción constitucional entre los derechos fundamentales del Capítulo II y los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la Constitución; y, más concretamente, en la interpretación de esa distinción en término de justiciabilidad: los principios rectores serían entonces de algún modo vinculantes y, en particular, lo serían para enjuiciar la legislación autonómica por parte del propio Tribunal, pero carecerían de tutela judicial efectiva a favor de los hipotéticos sujetos beneficiarios. No es momento de discutir el acierto de esta interpretación¹⁴, pero sí es digno de subrayarse la técnica desactivadora usada por la STC 247/2007, que se aproxima mucho a una manipulación¹⁵: el Tribunal *permite* que los Estatutos tengan derechos, pero, como en realidad piensa que *no debe permitirlo*, asigna a los mismos un significado distinto del usual y, con toda probabilidad, distinto del que pretendió el legislador que elaboró el Estatuto; o, si se le permite la analogía, el Tribunal considera que los derechos no deben figurar en los Estatutos, como eventualmente puede considerar asimismo que determinados preceptos incluidos en una ley orgánica no forman parte de la taxativa reserva del art. 81, pero, en lugar de declarar la inconstitucionalidad de unos y otros, opta por mantenerlos pero desnaturalizándolos: ni los derechos en cuestión son derechos, ni los preceptos que excedan el ámbito establecido por el art. 81 son orgánicos. En particular, los derechos

estatutarios no son derechos porque son mandatos o directrices para que el legislador dé vida a derechos; sus destinatarios no son todavía los ciudadanos concernidos, sino los propios poderes públicos. Los Estatutos se asemejan así al viejo constitucionalismo europeo que concebía la Constitución como una norma *interna* a la estructura institucional del Estado.

El resultado no puede ser más sorprendente. Muchos Estatutos asumen la distinción entre derechos y principios o directrices, pero ahora sucede que, en realidad, digan lo que digan, todos son principios. En algún caso este camino de ida y vuelta puede conducir a una esquizofrenia; por ejemplo, los principios rectores del Capítulo III CE se transformaban en el proyectado Estatuto de Castilla-La Mancha en “derechos económicos y sociales”, pero por obra de la sentencia finalmente deben ser leídos de nuevo como principios rectores. Asimismo, algunos Estatutos proclaman que los derechos “vinculan a todos los poderes públicos” (art. 37 Est. de Cataluña, art. 38 Est. de Andalucía, por ejemplo) o que los poderes públicos “respetarán tales derechos” (art. 6,3 del Est. de Castilla-La Mancha), y ahora sucede que esa vinculación o exigencia de respeto es la propia de los debilitados principios. En fin, tampoco es infrecuente que reconozcan su justiciabilidad, de manera que “los actos... que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente”, y ahora esta expectativa se desvanece por completo, al menos mientras el legislador autonómico no dicte las correspondientes normas, y siempre “de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado” (art. 39 del Estatuto andaluz).

En realidad, y aunque pueda parecer recusable el uso de esta técnica “desnaturalizadora” de los derechos por parte del Tribunal Constitucional, sobre todo si el asunto se observa desde la perspectiva de los destinatarios del Derecho, lo cierto es que las consecuencias acaso no sean tan dramáticas. La mayor parte de los Estatutos multiplican sus referencias a la ley como norma conformadora de los derechos, de manera que se ha convertido casi en una cláusula de estilo que los derechos reconocidos “se ejercerán en los términos que determine la ley”. Incluso el Proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha elevaba esa cláusula a condición general de todos los derechos estatutarios (art. 6,1). Por otra parte, en muchas ocasiones la propia expresión lingüística de los Estatutos, aunque utilice la palabra “derecho”, consagra propiamente mandatos al legislador o a las demás instituciones autonómicas¹⁶; por ejemplo, el art. 16 del propio texto de Castilla-La Mancha atribuía a las mujeres un derecho a que se realicen políticas orientadas a erradicar la violencia

de género: esto es, se formula como derecho lo que representa más bien un mandato o directriz dirigido al legislador, bastante poco concreto por cierto. En suma, afirmar, como hace la doctrina jurisprudencial comentada, que los derechos estatutarios no son auténticos “derechos públicos subjetivos” hasta que no se desarrollen por ley no supone, sin duda es posible que con alguna excepción, cambiar mucho las cosas.

Finalmente, cabe decir que el empeño por “constitucionalizar” los Estatutos mediante la incorporación de una Declaración de derechos no parece haber ido acompañada por un compromiso de calidad y claridad lingüística, conceptual y sistemática, en suma, por el empleo de una buena técnica legislativa. Más bien al contrario, casi todos los Estatutos resultan en este punto confusos o engorrosos, mezclando el lenguaje de los derechos con el de los principios rectores, las obligaciones más o menos concluyentes con los más etéreos criterios orientadores; incluso ocurre a veces que una misma cuestión o ámbito material aparezca tratado en lugares distintos y con un alcance no siempre homogéneo¹⁷. Naturalmente, la estructura de los distintos textos no es del todo homogénea: algunos regulan con un cierto detalle el elenco y contenido de los derechos estatutarios, como es el caso de Cataluña, Andalucía o Castilla y León, mientras que otros se remiten a una futura Carta de Derechos Sociales, como el de Valencia, Aragón e Islas Baleares. Algunos incorporan un capítulo dedicado a las garantías de los derechos, como los citados al principio, mientras que otros guardan silencio sobre la cuestión.

No procede aquí un análisis pormenorizado de las diferentes tablas de derechos, pero una cláusula habitual en los nuevos Estatutos consiste en un más o menos solemne reconocimiento de los derechos fundamentales que corresponden a los ciudadanos de la Comunidad en virtud de títulos no estatutarios, sino estatales, europeos y hasta universales. Por ejemplo, el art. 8,1 del Estatuto de Castilla León establece que los ciudadanos “tienen los derechos y deberes establecidos en la Constitución Española, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía”. Se trata de un curioso precepto que no prescribe nada, pues obviamente, aunque no existiese, seguiría siendo cierto que los castellano leoneses ostentan las libertades y derechos establecidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España; como también ocurre con los aragoneses, baleares, valencianos o andaluces¹⁸. Nos hallamos, pues, ante un ejercicio literario de retórica jurídica para que el sólo se me ocurren dos explicaciones, aparentemente contradictorias: primero, que se haya que-

rido reivindicar para la norma estatutaria la capacidad de definir cuáles son los derechos fundamentales de sus ciudadanos, aunque a la postre, como no podía ser de otra manera, su criterio venga a coincidir exactamente con el de la Constitución y los tratados. Y segundo, al contrario, que se pretenda reconocer la propia incompetencia en materia de derechos fundamentales, delimitando nítidamente los derechos propios de la Comunidad Autónoma respecto de los derechos fundamentales, que nos son otros que los que la Constitución atribuye a todos los españoles.

Con todo, si bien puede calificarse como inútil, también hay que reconocer que el precepto comentado resulta inocuo, y ello porque no estamos en presencia de una norma reiterativa o, lo que es peor, parcialmente reiterativa, sino ante una norma de reenvío. Las normas reiterativas, en efecto, son aquellas que reproducen el contenido de otras normas, en este caso, por ejemplo, los derechos fundamentales, introduciendo a veces leves alteraciones de estilo. Estas normas, que por lo demás tampoco son infrecuentes en los Estatutos, presentan el inconveniente de que el intérprete se guíe por el criterio llamado del *legislador económico* y pretenda buscar un significado distinto o de cualquier manera innovador, cuando en realidad se ha querido repetir el mismo contenido prescriptivo. Tal vez por eso el Tribunal Constitucional juzga como técnicamente incorrecta la reproducción de preceptos constitucionales¹⁹: si dicha reproducción es literal, entonces es inútil; y si se pretende que diga más o menos que el precepto reproducido, resultará admisible o no admisible según tenga o no cabida en la norma constitucional; pero lo que en ningún caso tendrá es el valor de la norma reproducida, es decir, valor constitucional; tendrá tan sólo el valor legal de su fuente de producción.

Pero, como digo, la disposición analizada no es estrictamente un precepto reiterativo o reproductor de ningún contenido normativo constitucional. Es tan sólo una norma de reenvío, cuya dudosa constitucionalidad queda salvada precisamente por su vacuidad normativa. Dicho de otro modo, no parece que ningún Estatuto resulte competente o pueda decir cuáles son los derechos constitucionales de los ciudadanos de su Comunidad. Puede hacerlo, sin embargo, al precio de no decir nada, es decir, remitiéndose en bloque a la regulación constitucional e internacional.

2.- LOS DERECHOS Y LA LEY

Los derechos fundamentales siempre se han mostrado refractarios a la ley e, incluso más, por paradójico que pudiera parecer, a su mismo reconocimiento por parte de instrumentos jurídico positivos. Tal vez debido a la fuerte impronta iusnaturalista que está en su origen, tal vez también y sobre todo por la función política que están llamados a desempeñar como límites a todo poder, lo cierto es que los derechos se han querido mantener al margen y por encima de toda legislación y hasta de la propia Constitución. Es famoso un texto de Hamilton, incluido en *El Federalista*, que expresa muy bien esa posición antilegalista temerosa de que, dejados en manos de cualquier poder constituyente o constituido, los derechos corriesen el riesgo de quedar desvirtuados y al arbitrio de esos mismos poderes que justamente habían de ser limitados y sometidos: los artículos de una Declaración de derechos, decía Hamilton, “contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar?...¿por qué se afirmaría que la libertad de la prensa no sufrirá menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones?”²⁰. Late aquí la popular idea de que “la mejor ley de libertades públicas es la que no existe”, de que los poderes públicos están llamados a respetar los derechos, pero no a regularlos.

Ciertamente, hace ya dos siglos que se superaron esos temores y cautelas, al menos frente a la constitucionalización de los derechos. La incorporación de éstos a las Constituciones es seguramente su rasgo jurídico más sobresaliente y decisivo, pues de ese modo cumplen su función más característica, la de encarnar límites y vínculos frente al ejercicio de cualquier poder constituido. Las Constituciones, normas supremas y generalmente rígidas, petrifican cuanto incorporan a su texto, de manera que su contenido queda a salvo incluso del poder mayoritario expresado en la ley. De ahí que la idea de vinculación o sujeción de todos los poderes públicos se repita insistentemente en la Constitución: en el art. 9,1, en el 97, en el 103,1 y, por supuesto, en el art. 53,1: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Ello se traduce luego en la articulación de todo un sistema de garantías; pero, con carácter previo, se traduce también en algo más elemental: la vinculación directa significa que el desarrollo legislativo no se configura como un trámite nece-

sario e imprescindible para la efectiva vigencia de los derechos. Estos existen y resultan operativos *desde* la Constitución misma. Por supuesto, luego ocurrirá que unos derechos requieran más que otros de tal desarrollo legislativo para alcanzar plena efectividad, pero todos presentan un contenido constitucional que vincula directamente al conjunto de los operadores jurídicos, empezando por el mismo legislador.

Sin embargo, la superación de aquellas cautelas frente a toda positivación de los “derechos naturales” alcanza solamente a la Constitución y no desde luego a la ley, ni mucho menos, claro está, a las potestades normativas inferiores o reglamentarias. Todo lo contrario: en primer lugar, la regulación de los derechos fundamentales o, al menos, de aquellos que se juzgan más importantes (los de la Sección 1ª del capítulo II) queda sustraída al legislador ordinario, pues corresponde a la peculiar figura de la ley orgánica (art. 81 CE) que, requiriendo la aprobación por parte de la mayoría absoluta del Congreso, parece querer prolongar el espíritu de “mayor consenso” que caracterizó la elaboración de la propia Constitución y que exige también, y en mayor medida, su eventual reforma. En segundo término, aclara el art. 53,1, los derechos (ahora todos los del Capítulo II) *sólo* podrán ser regulados por ley, poniendo un énfasis en la reserva (*sólo*) ausente en otros preceptos constitucionales destinados al mismo fin de declarar reservas legales, lo que defiende a los derechos frente a cualquier tentación deslegalizadora y, sin duda, ante cualquier invasión del reglamento independiente: únicamente la ley (a veces orgánica) puede penetrar en el recinto central o nuclear de los derechos. Finalmente, en tercer lugar, la Constitución ha querido reforzar de modo especial la posición de los derechos a través de la cláusula del contenido esencial: la ley, en efecto, puede regular los derechos, pero respetando siempre el *contenido esencial*. No es ocasión de discutir el alcance y la virtualidad de este concepto procedente de la Ley Fundamental alemana, pero cuando menos tiene un valor simbólico: recordar al legislador que su capacidad configuradora sobre los derechos tiene un límite que refuerza la propia literalidad constitucional, y es que la “esencia” del derecho, cualquiera que ésta sea –cuestión que termina dirimiendo el Tribunal Constitucional con mayor o menor fortuna– queda al margen de la voluntad de la propia ley. En síntesis, el resultado final es el diseño de un régimen jurídico en materia de fuentes particularmente restrictivo: como no podía ser de otra manera, la ley puede regular e interferir en la esfera de los derechos, pero ha de hacerlo con unos límites especiales o más fuertes que no existen para ninguna otra materia.

Pues bien, sirva este apretado resumen del régimen constitucional de los derechos fundamentales²¹ como contrapunto del que cabe

predicar de los derechos estatutarios. La impronta constituyente que se advierte en las declaraciones de derechos contenidas en los Estatutos e incluso el empleo de un lenguaje semejante y hasta idéntico²², de ningún modo ha ido acompañada de un mismo propósito garantista frente al legislador. Dicho brevemente, la posición de los derechos estatutarios en relación con el propio Estatuto que los enuncia y con las eventuales leyes de desarrollo no es equiparable a la posición de los derechos fundamentales en relación con la Constitución y las correspondientes leyes; más bien cabría decir que, dando la razón a la ya citada STC 247/2007, los derechos estatutarios son al legislador autonómico *casi* lo que los principios rectores de la Constitución son al legislador estatal, un campo abierto a la más amplia y facultativa regulación legal, y también reglamentaria. Los derechos sin duda vinculan a las instituciones autonómicas, pero lo hacen con un alcance distinto y más debilitado.

En efecto, y al margen de las numerosas remisiones particulares a la ley, en los nuevos Estatutos se utiliza una terminología constitucional garantista, pero dándole un significado, no ya distinto, sino opuesto. Por ejemplo, el “contenido esencial” de los derechos, que en la Constitución representa un límite infranqueable para el legislador, en los Estatutos se transforma en un espacio abierto para el desarrollo legal: así resulta que en Cataluña “la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos reconocidos...debe realizarse por ley del Parlamento”; y del mismo modo, en Castilla y León, “la regulación esencial de los derechos reconocidos...debe realizarse por ley de las Cortes”²³. En otras palabras, ahora no es la ley la que debe respetar el contenido esencial, sino la que está llamada a definirlo; la “esencia” no está destinada a limitar el ejercicio de la potestad legislativa, sino a ser ella misma regulada por la ley.

De manera que, finalmente, vendría a darse la razón a la bastante criticada STC 247/2007. Al menos en algunos Estatutos, los derechos operan como se supone que lo hacen los principios rectores de la política social y económica, esto es, como mandatos o directrices dirigidos al legislador, pero no como fundamento de auténticas pretensiones individuales. Lo cual no significa tampoco, conviene aclararlo, que no sean obligatorios o de alguna manera vinculantes; lo son en la medida en que obligan al legislador autonómico, quien no podrá adoptar disposiciones que vulneren las normas estatutarias. Que la formulación lingüística de los derechos resulte en estas normas lo suficientemente ambigua y falta de concreción como para permitir casi cualquier desarrollo legal, e incluso para no imponer ninguno, habrá de dificultar sin duda la fiscalización judicial, pero, en línea de principio, también los derechos estatutarios forman parte de ese bloque de constitucionalidad que permite el control

por parte del Tribunal Constitucional²⁴. Más allá de esta obligación que pudiéramos calificar como débil, la definición de los elementos esenciales del derecho –facultades que comprende, condiciones de ejercicio, obligaciones que genera, formas de tutela, etc.- corresponde al legislador. A diferencia de los derechos fundamentales, que, por mínimo que sea, presentan siempre un contenido constitucional no sólo vinculante para el legislador sino también directamente eficaz, los derechos del Estatuto parecen obtener sus “elementos esenciales”, no del propio Estatuto, sino de la ley autonómica.

Esta interpretación ciertamente devaluadora de los derechos estatutarios, fundada tanto en la literalidad del texto de algunos Estatutos como en la STC 247/2007, se ve si cabe reforzada cuando atendemos a la propia formulación lingüística de los correspondientes preceptos. Como ya se avanzó, resulta bastante común a todas las declaraciones estatutarias presentar como “derecho” lo que luego no tiene mayor alcance que el de un modesto mandato al legislador, generalmente impreciso por otra parte. Por ejemplo, en el frustrado texto castellano manchego los jóvenes tenían derecho a disfrutar de las condiciones que facilitasen su desarrollo autónomo y emancipación (art. 15), las personas desfavorecidas a beneficiarse de las medidas que posibilitasen su integración social y laboral (art. 18) y los trabajadores a una adecuada prevención de los riesgos laborales (art. 21 a). Pero, en realidad, ¿a qué tenían derecho los jóvenes, los desfavorecidos y los trabajadores? Sabemos que los “elementos esenciales” de estos derechos habrán de ser fijados por la ley, pero esto no sólo porque lo diga el art. 6,2, sino porque de tales enunciados estatutarios, como de otros muchos, no se deduce derecho subjetivo alguno que pueda ser concretamente reivindicado ante nadie.

Se confirma así una diferencia esencial entre las Constituciones y los Estatutos o, lo que es lo mismo, entre los derechos fundamentales y los derechos estatutarios, que ya fue avanzada en el epígrafe precedente. En el modelo del constitucionalismo contemporáneo, la Constitución no se concibe sólo como una norma *interna* a la estructura del Estado llamada a organizar sus poderes, sino que, precisamente merced a los derechos fundamentales y a otros principios sustantivos, adopta una dimensión de obligación *externa* que, desde el poder constituyente (sujeto mítico, pero operativo), impone límites y vínculos al ejercicio de todos los poderes constituidos. Por eso, el contenido de los derechos fundamentales, siquiera el contenido esencial, se formula *desde* la Constitución misma y queda sustraído a la acción política y jurídica del conjunto de las instituciones. Otra cosa ocurre con los Estatutos y sus derechos, y el caso de Castilla-La Mancha resultaba paradigmático. Los

Estatutos son ante todo normas de distribución de competencias entre órganos estatales y esta vocación de normas *internas* a la vida del Estado se proyecta incluso sobre los derechos que reconocen, que se presentan como mandatos de regulación dirigidos a las instituciones autonómicas y no como derechos que los individuos puedan enarbolar frente o contra esas mismas instituciones. De ahí la peculiar posición de los derechos en relación con la ley: el contenido de los derechos fundamentales es un coto vedado para el legislador²⁵; el contenido de los derechos estatutarios aparece más bien como el escenario propio para el desarrollo de la acción legislativa.

3.- LOS DERECHOS Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

Con la salvedad del primer Estatuto aprobado, el de la Comunidad valenciana, todos los demás incorporan una cláusula como la que seguidamente se comenta: “los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes”. Esta previsión aparece en el art. 37,4 del Estatuto de Cataluña tras su paso por el Congreso de los Diputados y todo parece indicar que se inspira en el art. II.51.2 de la proyectada Constitución europea²⁶, donde opera como una salvaguardia de las competencias de los distintos Estados frente a una eventual pretensión expansionista de las propias por parte de la Unión europea a través de los derechos fundamentales. Algo semejante se estaría buscando para los derechos estatutarios: impedir que bajo el pretexto del desarrollo de un derecho se asuman nuevas competencias. Dicho de otro modo, las competencias no nacen de los derechos, sino, al revés, los derechos de las competencias.

La modificación introducida en el Proyecto de Estatuto catalán por parte de las Cortes Generales se produjo al tiempo que otra que nos sirve para comprender su propósito e interpretar su alcance. En efecto, en el Proyecto se decía que los derechos estatutarios “vinculan a todos los poderes públicos que actúan en Cataluña”, pero el texto definitivo se modificó en el sentido de que tan sólo “vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña”. Ese pequeño cambio de la partícula *en* por la preposición *de* constituye también una salvaguardia frente a cualquier

vocación expansionista de los derechos estatutarios, que “jurídicamente no pueden ni desean `competir` con los derechos fundamentales: ni en espacio, ni en contenido”²⁷. En otras palabras, así como los derechos fundamentales vinculan por igual a todos los poderes que actúan en Cataluña, los estatutarios vinculan sólo a las instituciones propias de la Comunidad Autónoma, lógicamente en el marco de sus competencias. Por tanto, no cabe invocar derechos para ejercer o ampliar competencias, y los derechos que puedan articularse a partir de las competencias vinculan sólo a los titulares de las mismas, no al conjunto de los poderes públicos.

Precisamente por esto, los derechos no son fuente de nuevas competencias, ni alteran la distribución de éstas; al contrario, se mueven dentro o a partir del ámbito competencial ya definido. Lo cual no sólo significa, negativamente, que los derechos fundamentales no representan una competencia autonómica, lo que me parece que nadie discute, sino también que los derechos acuñados por los Estatutos no pueden servir tampoco como fundamento de competencias distintas a las ya asumidas por la Comunidad. En este sentido, escribe críticamente Ángel Rodríguez a propósito del Estatuto de Andalucía, el desarrollo de los derechos “sólo será posible en los casos y con los límites que permita la norma habilitadora de la competencia”. Cuando no exista título competencial, “nos encontraremos ante un derecho autonómico de contenido exclusivamente estatutario, de imposible concreción por el legislador”²⁸

4.- LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

Los Estatutos suelen contener dos previsiones sobre la interpretación de los derechos. La primera debe ser entendida a la luz de cuanto se ha dicho en el epígrafe anterior y de hecho procede asimismo de la tramitación del Proyecto de Estatuto catalán en el Congreso de los Diputados: “Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España” (art. 37,4). Previsiones del mismo tenor se encuentran en los Estatutos castellano leonés (art. 8,3), balear (art. 13,1) y andaluz (art. 13,2). Esta es una norma típica del Derecho internacional de los derechos humanos, recogida última-

mente en el art. II.53 del Proyecto de Constitución europea²⁹, pero ya antes en el art. 60 del Convenio europeo de 1950³⁰ y también, con una redacción algo diferente, en el art. 5,2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966³¹. Y, por supuesto, constituye un criterio regulador de las relaciones en materia de derechos en el marco de los Estados federales.

Se trata de una cláusula de salvaguardia de un “estándar mínimo” y también de una “mejor protección”: la Carta o el Convenio europeos pueden mejorar pero no empeorar el estatuto que los derechos tuviesen en el Derecho interno o en otros instrumentos internacionales, que operan así como un estándar mínimo. Del mismo modo, los derechos estatutarios deberán ser interpretados de forma que amplíen o mejoren la posición de los derechos constitucionales, pero nunca de modo que los reduzcan o limiten; lo que, por cierto, equivale a reconocer que unos y otros derechos pueden hablar de las mismas cosas, esto es, regular las mismas facultades, expectativas y situaciones jurídicas.

Ahora bien, esta prevención seguramente tiene más sentido en un documento internacional que en un Estatuto de Autonomía. Porque en la esfera internacional resulta comprensible adoptar la cautela de que los Estados no puedan invocar un convenio o tratado, que en cuanto tal puede expresar un acuerdo de mínimos, para burlar o minimizar la protección que ya ofrezca el régimen interno de los derechos, en especial si éste procede de una fuente legislativa y no constitucional. Pero en relación con los Estatutos de Autonomía parece bastante obvio que éstos no pueden ser alegados para reducir o limitar el alcance que los derechos tengan en la Constitución o en los convenios ratificados por España, pues los Estatutos no representan un pacto con otros sujetos internacionales, sino que son normas plenamente estatales que se integran en un ordenamiento común. Con todo, e interpretado a *sensu contrario*, el precepto comentado ofrece un criterio loable: el Estatuto podrá esgrimirse cuando amplíe o haga más generosa la regulación de un derecho constitucional. En cualquier caso, como ya se ha dicho, parece que este precepto reposa en la hipótesis de que la legislación autonómica puede incidir en el régimen jurídico de los derechos constitucionales, aunque a mi juicio con el límite de la reserva de ley orgánica, mejorando, eso sí, la regulación que brinda la normativa estatal.

Con todo, la cláusula de la “mejor protección” no deja de plantear problemas desde la perspectiva del sistema de los derechos fundamentales. Estos últimos, en efecto, presentan siempre una fuerte tendencia a entablar conflicto con otros derechos; incluso cabe sostener que los

derechos son estructuralmente conflictivos o, al menos, que cuando se convierten en protagonistas de una reivindicación judicial se hallan irremediablemente en colisión con otros derechos. Y, en estas condiciones, la mejor protección de uno de ellos lesiona o va en detrimento de la protección del otro³²; de manera que las ideas del “estándar mínimo” (constitucional) y de la “mejor protección” (estatutaria) pueden terminar neutralizándose.

La segunda pauta interpretativa se contiene en el apartado 1º del art. 37 del Estatuto catalán: los derechos “deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad”. Un precepto análogo se encuentra en el Estatuto andaluz (art. 38,1) y en de Castilla y León (art. 17,1). Se recoge aquí unos de los tópicos más enraizados en la teoría y en la práctica de la interpretación de los derechos fundamentales, el llamado principio *favor libertatis*, que, como escribe Pérez Luño, no significa sólo que en los supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales (*in dubio pro libertate*), sino que “implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto”³³.

Aun cuando este criterio no cuente con un respaldo expreso en el texto constitucional, lo cierto es que su invocación resulta muy frecuente en la jurisprudencia³⁴, donde parece tener sin embargo dos alcances distintos, uno negativo y otro positivo: del principio *favor libertatis* se deduce, de un lado, la obligación negativa del Estado de no lesionar o de minimizar la lesión de todo derecho; pero se deduce también, de otro, una obligación positiva de contribuir a su plena efectividad³⁵. Negativamente, viene a ser un límite a los límites; positivamente, un estímulo a la expansión de los derechos a fin de que su efectividad sea “plena”.

Desde la primera perspectiva, en efecto, la virtualidad del criterio interpretativo parece clara en todo lo que representa el amplio capítulo de la limitación de los derechos: éstos se hallan siempre limitados, algunos de forma expresa y todos de forma tácita o implícita por la necesidad de conjugar el ejercicio de unos y otros³⁶. Pues bien, “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe... el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”³⁷. Esta tesis presenta una muy importante trascendencia en el marco del juicio de ponderación, pues parece imponer la carga de la argumentación sobre la ley o medida limitadora del derecho; más

claramente, una limitación sólo estará justificada cuando pueda aportar a su favor razones o argumentos más fuertes. El principio *favor libertatis* traslada de este modo la carga de la argumentación desde la defensa del derecho a la justificación del límite, resolviendo los empates a favor del primero³⁸.

Desde la segunda perspectiva, la positiva, esta norma constituye un estímulo a lo que suele llamarse efecto irradiación o impregnación de los derechos, que es una consecuencia de la fuerza expansiva de los mismos³⁹. Por ejemplo, el efecto irradiación se halla en la base de la idea de *interpretación conforme*, es decir de la interpretación de la legislación ordinaria siempre a la luz de los derechos fundamentales, promoviendo aquellas soluciones que mejor se adecuen a su significado; y en la base también de la eficacia de los derechos en las esferas jurídico privadas⁴⁰

NOTAS:

1 Estas notas formaban parte de un proyecto de más largo aliento destinado a un Comentario al nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que por motivos obvios ha quedado frustrado. Se han eliminado por tanto las referencias pormenorizadas al malogrado texto.

2 Este es el caso precisamente del primer Estatuto de Castilla-La Mancha, todavía vigente. Me permito remitir a mi trabajo “La plasmación autonómica del concepto de Estado social”, en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, L. Ortega (dir.), Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1995, pp. 55 y ss.

3 Un estudio más detallado sobre el en todo caso sucinto tratamiento de los derechos en los primeros Estatutos puede verse en R. Sánchez Férriz, *Derechos constitucionales y sistemas de relaciones*, vol. IV del *Estudio sobre el Estatuto valenciano*, Generalitat valenciana, 1993, pp. 12 y ss

4 En realidad, en sentido constitutivo, no puede haber más derechos fundamentales que los reconocidos en la Constitución, y en esto parece haber unanimidad doctrinal y jurisprudencial. Lo que sucede es que algunos derechos estatutarios *se refieren* a derechos fundamentales, como la vida o la educación, y todos ellos se formulan en el lenguaje pro-

pio de los derechos o de los principios. Por otra parte, si lo típico de los derechos fundamentales es que vinculan a todos los poderes públicos y que no pueden ser alterados si no mediante una reforma constitucional particularmente gravosa, algo parecido vendría a ocurrir con los derechos estatutarios, dada la especial rigidez de los Estatutos y su vocación de normas supremas de las instituciones autonómicas.

5 Recientemente L. Ferrajoli ha vuelto a llamar la atención sobre la conexión, histórica y conceptual, entre la igualdad y los derechos: las condiciones de titularidad de los derechos representan justamente los parámetros de la igualdad jurídica; más exactamente, “la igualdad es la titularidad atribuida a las personas naturales de los mismos derechos universales”. Por lo demás, el autor italiano aboga en relación con los derechos por una superación de la ciudadanía –y no por una multiplicación de las ciudadanías- como condición de la universalización de los derechos. Vid. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, 2007, vol. II, cap. 11.12, pp. 785 y ss..

6 Esto ya fue advertido por I. de Otto al decir que “en la medida –sólo en ella pero en toda ella- en que los españoles están sometidos a diversos ordenamientos, no son iguales entre sí”, “Los derechos fundamentales y las potestades normativas de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 10, 1984, luego en *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, p. 58.

7 S. Muñoz Machado ha hablado de “El mito del Estatuto-Constitución”, en *La reforma del Estado autonómico*, L. Ortega (dir.), CEPC, Madrid, 2005, pp. 65 y ss.

8 Con distintos argumentos se han mostrado críticos, entre otros, V. Ferreres, “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”; P. Biglino, “Los espejismos de las tablas de derechos”, ambos en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 9 y ss, y 39 y ss.; L. Martín-Retortillo Baquer, “Derechos humanos y Estatutos de Autonomía”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 3, 2006, pp.13 y ss; L. Diez-Picazo, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006; y, del mismo autor, “De nuevo sobre las Declaraciones de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 63 y ss. Con anterioridad C. Aguado Renedo había ofrecido ya una visión estricta del contenido posible de los Estatutos, así como

una perspectiva crítica frente a la posible inclusión de derechos en los mismos, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEPC, Madrid, 1996.

9 Así, por ejemplo, A. Català y Bas, “La inclusión de una Carta de derechos en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 4, 2005, pp. 181 y ss; M. Carrillo, “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos”, en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, cit., pp. 65 y ss; del mismo autor “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, 2007, pp. 181 y ss; L. Ortega, “Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, pp. 68 y ss; F. Caamaño, “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, pp. 33 y ss; M. A. Aparicio y M. Barceló, “Los derechos públicos estatutarios”, en *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, M. A. Aparicio (ed.), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 13 y ss..

10 Se trata de una sentencia de factura compleja y argumentación un tanto errática que contó además con cinco votos discrepantes. Por lo demás, es una lástima que el Tribunal se pronunciase sobre la cuestión debatida a propósito de un Estatuto como el valenciano, que no es precisamente el más profuso en materia de derechos. En todo caso, la resolución parece tener un aire preventivo, pensando en futuros recursos, y tal vez por ello ha sido objeto de numerosos comentarios. Sin ánimo exhaustivo, G. Fernández Farreres, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008; R. Riu, “Sobre la reforma de l’Estatut d’Autonomia de la Comunitat valenciana”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2, 2008, pp. 485 y ss; M. A. Cabellos, “Las relaciones derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, nº 7, 2008, pp. 485 y ss; J. Guillerm y F.J. Visiedo, “El Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana ante el Tribunal Constitucional (Comentarios a las SSTC 247/2007 y 249/2007)”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 4, 2008.

11 E incluso esto con matices, puesto que los derechos de participación política se reservan lógicamente a los ciudadanos de la Comunidad en sentido estricto. Pero, es más, en opinión de E. Albertí, “también

pueden establecerse de forma diferenciada prestaciones de carácter social bajo ciertos requisitos de residencia”, intervención en las “Jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado”, en *La reforma del Estado autonómico*, A. Gómez Montoro (ed.), CEPC, Universidad de Navarra, 2007, p.116.

12 Como se ha dicho, hay un amplio debate acerca de si el contenido de los Estatutos debe ser el expresamente previsto en la Constitución o si, por el contrario, admite ampliaciones, y en qué medida las admite. Una reciente monografía sobre el tema es la de E. Fossas, *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, M. Pons, Madrid, 2007.

13 Esta es una rancia expresión que tiene su origen en la escuela alemana de Derecho público, cuyo uso me parece inadecuado para referirse a los derechos fundamentales en el actual marco constitucional, pues el designio de la doctrina de los “derechos públicos subjetivos” fue justamente escamotear la fuerza vinculante de los derechos frente al legislador y de ahí que se concibiesen como “autolimitaciones” de un poder que en puridad no toleraba límites externos, vid. M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996; también muy crítico L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1997, pp. 912 y ss. No creo, sin embargo, que en el contexto de la comentada sentencia la apelación reiterada a los “derechos públicos subjetivos” presente el alcance indicado, sino que se trata más bien de contraponer los derechos (públicos subjetivos) a los principios rectores. Algún sector doctrinal, sin embargo, recurre a esta expresión atribuyéndola el significado más preciso que hemos comentado: los derechos estatutarios serían derechos públicos subjetivos justamente porque no son derechos fundamentales, porque nacen de la autonomía y no de la soberanía. Vid. M. A. Aparicio y M. Barceló, “Los derechos públicos estatutarios”, cit., p. 27.

14 Me permito remitir a mi trabajo “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 96 y ss.

15 Vid. M. Gascón, “La jurisdicción constitucional, entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 63 y ss; J. Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Madrid, 2001.

16 Un juicio análogo vale para prácticamente todos los Estatutos. Vid., por ejemplo, V. Ferreres, “Derechos, deberes y principios en el

nuevo Estatuto de Cataluña”, cit., p. 33 y s.; P. Biglino, “Los espejismos de las tablas de derechos”, cit., pp. 49 y ss; E. Expósito y M. A. Cabellos, “Conclusiones generales. Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía”, en *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 359 y ss.

17 Una observación semejante en E. Expósito, “La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, nº 5, 2007, p. 173.

18 Una previsión semejante a la aquí comentada recoge el Estatuto de Aragón (art. 11,1). Con una redacción más barroca que no renuncia a enumerar los más importantes tratados internacionales sobre la materia, los Estatutos de las Islas Baleares (art. 13,1), de Valencia (art. 8,1) y de Andalucía (art. 9,1). Curiosamente, este último cita expresamente un buen puñado de tratados internacionales, pero olvida a la Constitución, que es la fuente primaria de los derechos.

19 STC 76/1983, F J 23, y 118/1996, F J 12.

20 A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (1780), trad. de G. R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 368.

21 Ni qué decir tiene que la bibliografía sobre la cuestión resulta inabarcable. Me limito a indicar una buena monografía que cuenta además con una información puesta al día: L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, 3ª ed., Madrid, 2008, pp. 107 y ss.

22 Por ejemplo, la afirmación constitucional de que los derechos vinculan a los poderes públicos se encuentra en numerosos Estatutos: art. 37,1 del Estatuto de Cataluña, art. 17,1 del castellano leonés, art. 13,1 del balear, art. 38,1 del andaluz y art. 8,2 del valenciano. No así, en cambio, en el Proyecto de Castilla-La Mancha que más modestamente decía sólo que “las disposiciones aprobadas por los poderes públicos de Castilla-La Mancha respetarán” los derechos, previsión que procede asimismo del Estatuto catalán.

23 En cambio, una excepción notable está representada por Andalucía, cuyo Estatuto, mucho más acorde con el esquema constitucional, habilita también al Parlamento para dictar las correspondientes “leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos (derechos) establecidos por el Estatuto” (art. 38). Obviamente, no es lo mismo decir que la ley debe respetar el contenido, o el contenido esen-

cial, de los derechos que decir que esa misma ley será la encargada de definir dicho contenido.

24 La propia STC 247/2007, tras negar que los Estatutos puedan dar vida a auténticos “derechos públicos subjetivos”, añade que “lo dicho ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto” (F J 15)

25 La afortunada imagen del “coto vedado” aparece en E. Garzón Valdés, “Representación y Democracia” (1989), ahora en la recopilación de trabajos del autor, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 631 y ss.

26 Cuya redacción es la siguiente: “La presente Carta –de derechos fundamentales- no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nueva para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás partes de la Constitución”.

27 F. Caamaño, “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, p. 35.

28 A. Rodríguez, “Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, cit., p. 237.

29 Dice así: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”

30 Cuyo tenor es el siguiente: “Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos del hombre y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o de cualquier otro convenio en el cual sea parte”.

31 Establece el Pacto que “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

32 Una observación semejante en A. Rodríguez, “Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”, cit., p. 235.

33 A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 315 y s.

34 Así, por ejemplo, STC 93/1984, F J 5.

35 Esa doble obligación es reconocida expresamente por la STC 53/1985, F J. 4

36 Sobre la limitación de los derechos fundamentales me permito remitir a mi *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217 y ss.

37 STC 254/1988, F J 8.

38 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición española, trad. de C. Bernal, CEPC, Madrid, 2007, pp. 504 y ss.

39 He tratado la cuestión en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit, pp. 117 y ss., y 241 y ss.

40 Algunos Estatutos, como el catalán (art. 37,1) y el castellano leonés (art. 17,1) afirman la virtualidad de los derechos frente a los particulares “de acuerdo con la naturaleza de cada derecho”.

**¹COMENTARIO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS
POR LA LEY 15/2010, DE 5 JULIO -MODIFICACIÓN DE LA
LEY 3/2004, DE 29-12-2004, POR LA QUE SE ESTABLECEN
MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS
OPERACIONES COMERCIALES- Y SU AFECTACIÓN A LA LEY
30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO -LCSP-²**

Jesús Punzón Moraleda

Francisco Sánchez Rodríguez

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

I. Introducción. II. Modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio a la LCSP. III. Comentario al art. 200.4 de la LCSP. III.1 Modificaciones en los plazos: la Disposición transitoria octava LCSP. IV. El nuevo art. 200 bis LCSP (Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las AA.PP.). V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente comentario vamos a estudiar únicamente lo que ha afectado la aprobación de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de 2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en concreto, la modificación del artículo 200 (apartado 4) y los dos añadidos en su articulado: el artículo 200 bis y la Disposición transitoria octava.

Inmersos en una crisis económica de profundo calado era necesario una intervención del legislador que de alguna forma intentase paliar la repercusión de la misma por el continuo aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas a cargo de las

Administraciones Públicas, hecho que estaba teniendo un efecto muy negativo, si no devastador, en los empresarios que habitualmente operan con la Administración.

Era necesaria una reacción rápida y eficaz por parte de legislador, por lo que en este sentido entendemos que han sido positivas las modificaciones llevadas a cabo, al menos en lo que se refiere a la repercusión va a suponer respecto a contratistas, e imaginamos que no tanto respecto a las Administraciones Públicas, puesto que hasta el momento muchas de ellas –sobre todo del ámbito local- *campeaban* poco menos que a su “libre albedrío” en cuanto a sus obligaciones contractuales en la confianza de que eran “dueñas” de unos plazos demasiado largos y un procedimiento de exigencia de los pagos debidos bastante complejo, lo que derivaba en muchas ocasiones en que las liquidaciones que debían de efectuar a los contratistas se dilatasen de forma extraordinaria en el tiempo, incluso en ocasiones, sin justificación aparente alguna.

No obstante lo indicado, también hemos de manifestar nuestro descontento con algunos matices jurídico-procesales. Nos estamos refiriendo de forma básica a la nueva redacción “procedimental” que se pone de relieve en el artículo 200 bis LCSP. En efecto, en dicho artículo se han introducido algunas cuestiones que tienen una regulación general en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA-, que sin embargo no ha sido modificada, siquiera para haber introducido los supuestos especiales que en el artículo 200 bis LCSP se contemplan. No se trata, entendemos, de dudas que puedan surgir de su interpretación con relevancia procesal, sino de incluir en una norma general de Contratación, y especial o sectorial en función de la materia, previsiones procesales especiales conforme a la redacción actual de la LJCA, hecho que se hubiese mitigado de haber modificado en lo necesario la LJCA.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO A LA LCSP

1) Artículo 200 LCSP: ap. 4 modificado por art. 3.1 de Ley 15/2010, de 5 julio³.

Antigua Redacción Art. 200.4 LCSP

“4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los **sesenta** días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de **sesenta** días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de **sesenta** días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación.”

Nueva redacción: art. 200.4

“4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los **treinta** días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de **treinta** días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de **treinta** días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación.”

2) Artículo 200 bis: añadido por art. 3.2 de Ley 15/2010, de 5 julio:

Artículo 200 bis. Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas

“Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencio-

so-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.”

3) Disposición transitoria octava: añadida por art. 3.3 de Ley 15/2010, de 5 julio:

“Disposición transitoria octava . Plazos a los que se refiere el artículo 200 de la Ley

El plazo de treinta días a que se refiere el apartado 4 del artículo 200 de esta Ley, en la redacción dada por el artículo tercero de la Ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se aplicará a partir del 1 de enero de 2013.

Desde la entrada en vigor de esta disposición y el 31 de diciembre de 2010 el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta y cinco días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.”

III. COMENTARIO AL ART. 200.4 DE LA LCSP

Tal y como se puede observar, la principal modificación que ha introducido la Ley 15/2010 en el apartado cuarto del artículo 200 tiene tres aspectos distintos:

a) Por un lado, **la Administración tendrá la obligación de abonar el precio⁴** dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4: se ha pasado de 60 días a 30 en la redacción actual.

Unos de los fundamentos del cumplimiento de la obligación del pago se recoge en el art. 21.2 de la Ley General Presupuestaria⁵, según el cual el contratista no puede exigir a la Administración el pago de lo estipulado hasta que no haya cumplido íntegramente la obligación que le incumbe o la haya garantizado. Por tanto, la Administración está obligada a comprobar que la prestación objeto del contrato se ha realizado íntegramente y a su satisfacción⁶, de acuerdo con las condiciones generales y particulares que en su día autorizaron y comprometieron el gasto.

Como consecuencia de la base material descrita, las dos situaciones en las que plantea la LCSP el abono del precio, tienen que formalizarse previo el denominado “acto de reconocimiento de la obligación”, es decir, el acto por el que el órgano de contratación acepta una deuda a favor de un tercero como consecuencia del cumplimiento por parte de contratista de la prestación a que se hubiese comprometido.

De esta forma, cuando la LCSP se refiere a la fecha de la expedición de las certificaciones⁷ de obras, para el supuesto de este tipo de contratos, significa que la Administración puede ir realizando pagos parciales al contratista previa certificación de lo realizado por éste, y como antes se indicaba, a satisfacción de la Administración. La primera consecuencia de la situación descrita es que la LCSP admite que puedan existir varios actos de reconocimiento de la obligación que tenga como resultado final el pago íntegro de la ejecución contratada. Recordemos en relación con esta cuestión el art. 111 LCSP⁸, el cual prevé para los contratos de obras: “la Administración satisfará el precio mediante un único abono efectuado en el momento de terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar su construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada (...)”.

Tal y como puede observarse, la LCSP utiliza el término “recepción” como concreción del acto de reconocimiento de la obligación. Así, en el art. 26.h LCSP se determina que los contratos que celebren entes, organismos y entidades estatales del sector público deben necesariamente incluir “las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones”. Son distintas las alusiones de la LCSP a este tema. Así, por ejemplo, en relación con la exigencia de garantía, el art. 83.1 párrafo 2º, se indica que “(...) el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas.” Asimismo, en el art. 90.3 LCSP se vuelve a realizar un inciso sobre el tema: “En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”

El art. 205 LCSP está dedicado, precisamente, al cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación, y por tanto se concibe como la regulación del régimen general relativo al cumplimiento de los contratos y recepción de los mismos (con la excepción del contrato de obras, cuyo cumplimiento y recepción debemos buscarlo en el art. 218 LCSP). En él se señalan varias cuestiones relevantes:

- La primera: que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

- La segunda: versa sobre la constatación del cumplimiento del contrato por parte de la Administración, que exige por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad. En este apartado observamos dos posibles plazos para que la Administración verifique el cumplimiento del contrato:

a) Si no se especifica nada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el plazo de verificación será de un mes.

b) El plazo puede ser distinto, siempre y cuando se hubiese definido el mismo en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

En este sentido, el art. 99.2 LCSP señala que en “los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condicio-

nes definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”.

En todo caso, tanto para un supuesto como para el otro, dice textualmente el 205.2 LCSP, a la “Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión”. Hay que recordar que en esta nueva redacción se han producido dos cambios con respecto al Real Decreto Legislativo 2/2000 (art. 110.2), que decía:

“A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando dicha comunicación sea preceptiva, el acto para su asistencia potestativa al mismo en sus funciones de comprobación de la inversión”.

El primero de los cambios, es que añade -y a nuestro juicio, mejora la redacción- que se indicará la fecha y lugar del acto. El segundo, es que se ha cambiado la “asistencia potestativa” por una “eventual asistencia”. La diferencia terminológica entre “eventual asistencia” y “asistencia potestativa” es de matiz. Compartimos con HERNÁNDEZ CORCHETE que la expresión “eventual asistencia” nos está remitiendo a su regulación en otra norma que nos especifique cuando es obligatoria y cuando no, mientras que “asistencia potestativa” implica voluntad, no obligación. Así, por ejemplo, en el art. 28.7 del RD 2188/1995, se determina que en los casos en que la “intervención de la inversión no sea preceptiva, o no se acuerde por el Interventor general de la Administración General del Estado en uso de las facultades que al mismo se le reconocen, la comprobación de la inversión se justificará con el acta de conformidad firmada por quienes participen en la misma o con una certificación expedida por el Jefe del centro, dependencia u organismo a quien corresponda recibir o aceptar las obras, servicios o adquisiciones, en la que se expresará haberse hecho cargo del material adquirido (...), o haberse ejecutado la obra o servicio con arreglo a las condiciones generales y particulares que, en relación con ellos, hubieran sido previamente establecidas”.

En la Disposición Final quinta del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, precisamente se ha modificado el art. 179.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001, de 12 de octubre), en relación con este tema, quedando redactado de la siguiente forma:

«Artículo 179. Comprobación, recepción y liquidación de las obras ejecutadas por la Administración.

1. Las obras ejecutadas por la Administración serán objeto de reconocimiento y comprobación por el facultativo designado al efecto y distinto del director de ellas.

Cuando el importe de la inversión exceda de 50.000 euros, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá solicitarse a la Intervención General la designación de delegado para su eventual asistencia a la comprobación material de la inversión, con una antelación de veinte días a la fecha prevista para la misma.

Lo anterior será de aplicación a los supuestos de fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares».

Lo realmente importante en este cambio es que en la antigua redacción era obligatoria la concurrencia de un representante de la Intervención General, debidamente asistido, para las de coste superior a 30.100 euros y potestativa en los restantes casos. En efecto, se refiere este artículo a los contratos que no pueden ser adjudicados directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, es decir, los contratos menores (art. 122.3 LCSP), que, como por todos es sabido, son aquellos con un importe inferior a 50.000 euros cuando se trate de contratos de obras.

Finalmente en el apartado numeral cuarto del art. 205 se indican dos cuestiones importantes. Por un lado, que dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante, afirma el art. 205.4 LCSP, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004. Por otro lado, se establece una excepción para los contratos de obra, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 218 LCSP.

Como ya indicamos con anterioridad, el acto de recepción esta perfectamente reglado, y como bien dice MENÉNDEZ GÓMEZ⁹ en referencia a la “recepción de la obras” por parte de la Ad-

ministración, se trata de un acto administrativo que ha de desplegar efectos de suma importancia en orden al cumplimiento del contrato, por lo que no se puede decir nunca que se trata de “algo discrecional que dependa de la voluntad del Órgano de Contratación”, sino, continua el autor citado, “una obligación ex lege que se encuentra entre las obligaciones recíprocas a que se han obligado las partes contratantes” .

b) Por otro lado, si la Administración se demorase en el pago, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los **intereses de demora** y la **indemnización por los costes de cobro** en los términos previstos en la Ley 3/2004: igualmente, para este segundo aspecto se ha pasado de 60 días a 30 en la redacción actual.¹⁰

b1) Intereses de demora^{11 y 12}

El pago de intereses de demora¹³ se concibe en la nueva redacción una vez transcurridos los treinta días que se indican en el artículo 200.4 LCSP (teniendo en cuenta, claro está, el régimen que se establece en la Disp. Transit. Octava hasta el 1 de enero de 2013, momento en el cual comienza a aplicarse el régimen normal que se establece en el artículo 200.4 LCSP).

Es la Dirección General del Tesoro y Política Financiera la que hace pública en el B.O.E. con una periodicidad semestral los tipos de interés de demora. De esta forma, para el segundo semestre del año 2010 a efectos de lo previsto en el artículo 7¹⁴ de la Ley 3/2004 y en cumplimiento de la obligación de publicar semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo legal de interés de demora, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera hace público en la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo en el primer semestre de 2010, efectuada mediante subasta a tipo fijo que ha tenido lugar el día 29 de junio, el tipo de interés aplicado ha sido el 1,00 por 100. En consecuencia a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el segundo semestre natural de 2010 es el 8,00 por 100.

En la siguiente tabla puede comprobarse cual ha sido la evolución del interés¹⁵ de demora desde el año 2005:

Primer semestre de 2005	Interés de demora: 9,09%
Segundo semestre de 2005	Interés de demora: 9,05%
Primer semestre de 2006	Interés de demora: 9,25%
Segundo semestre de 2006	Interés de demora: 9,83%
Primer semestre de 2007	Interés de demora: 10,58%
Segundo semestre de 2007	Interés de demora: 11,07%
Primer semestre de 2008	Interés de demora: 11,20%
Segundo semestre de 2008	Interés de demora: 11,07%
Primer semestre de 2009	Interés de demora: 8%
Segundo semestre de 2009	Interés de demora: 8%
Primer semestre de 2010	Interés de demora: 8%
Segundo semestre de 2010	Interés de demora: 8%

El acto material que la Administración precisa para poder realizar el pago es la correspondiente factura¹⁶. Cuando el contratista entrega la factura, esta debe ser registrada (véase el art. 38 LRJPAC -Registros-) para que quede constancia del día exacto en el que la factura obra en poder del poder de la Administración. Asimismo, si la factura tiene una fecha de emisión anterior a la entrada en el registro de la Administración, este hecho no faculta al contratista al devengo de intereses desde la emisión de la factura, sino como es lógico, los plazos deben contarse desde que la Administración la tiene en su poder¹⁷.

Es necesario ahora determinar el momento respecto al cual se devengan los intereses de demora. La LCSP dedica el art. 205 precisamente al tema del cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación. De esta forma, en el apartado primero se indica que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Hasta aquí todo correcto.

En el plano normativo, el art. 200.4 LCSP se remite a la regulación en la Ley 3/2004. Tres son los artículos que se encargan de fijar la normativa aplicable:

“Artículo 5. Devengo de intereses de demora

El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automática-

mente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor.

Artículo 6. Requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora

El acreedor tendrá derecho a intereses de demora cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales.
- b) Que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso.

Artículo 7. Interés de demora

1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.”

De la regulación expuesta se desprenden varias conclusiones:

-En primer lugar, como bien apunta PERELLÓ JORQUER¹⁸, la LCSP, al igual que su predecesora, tampoco exige ya la *interpellatio morae*¹⁹, por lo que el mero transcurso de los plazos indicados en el art. 200 LCSP determinará la mora de la Administración y el devengo de los intereses con el incremento de tipo de interés anteriormente expuesto.

-En segundo lugar, el art. 7 señala que el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de

pacto, el tipo legal al que ya hemos hecho referencia. En este sentido, hemos de traer a colación el art. 25.1 -Libertad de pactos- LCSP, según el cual “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.” La pregunta que podemos hacernos es: ¿permite este inciso incluir en los pliegos de contratación llevados a cabo por la Administración tipos de interés que pudieran ser sensiblemente inferiores al previsible tipo legal según los criterios apuntados en el art. 7.2 de la Ley 3/2004? La respuesta que nos permitimos adelantar es “no”. Las razones son varias. La primera de ellas la encontramos en la propia Exposición de Motivos²⁰ de la Ley 3/2004, cuando expresamente se indica que “la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo cláusulas relativas a plazos de pago más amplios o tipos de interés de demora inferiores a los previstos en esta Ley, por lo que el juez podrá modificar estos acuerdos si, valoradas las circunstancias del caso, resultaran abusivos para el acreedor.” Por tanto, parece que la Administración no podrá pactar tipos de interés inferiores a los legales sin incurrir en una ilegalidad por querer introducir una cláusula abusiva en el pliego. La segunda razón, es que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, Informe núm. 5/2005, de 11 marzo, se encargó precisamente de esta tema, negando tal posibilidad (CJ 3^a):

“Efectivamente, la disposición final primera de la citada Ley da nueva redacción al apartado 4, del artículo 99, al apartado 4 del artículo 110, a los apartados 4 y 5 del artículo 116, al apartado 3 del artículo 169 y a la letra a) del apartado 2 de la disposición final primera, resultando de estas modificaciones que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, ha excluido la libertad de pactos en cuanto a plazos y a tipos de interés de demora, sustituyéndolos por determinaciones legales, salvo en cuanto a plazos de pagos en las relaciones entre contratista y subcontratista y suministrador, en las que la nueva redacción del artículo 116 mantiene el principio de libertad de pactos entre ellos, como entes ajenos a la Administración y no sometidos a sus reglas.

La eliminación de la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago es clara en los artículos 99, apartado 4, (60 días) y 110 apartado 4 (un mes), resultando asimismo del artículo 147.3 en cuanto se remite al artículo 99.4 y, en cuanto a los intereses aplicables, debe sostenerse la misma eliminación de la libertad de pactos, por un argumento literal, por cuanto los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se remiten a los intereses pactados, sino a los intereses de demora e indemnización por los costes de cobro en los términos

previstos «en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales» y por un argumento sistemático, pues si la Ley suprime la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago, la misma supresión debe mantenerse en cuanto al tipo de interés de demora.

En definitiva, el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la nueva redacción de artículos que lleva a cabo la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, es el de que no pueden ser pactados ni los plazos de pago, con la excepción de los relativos a contratos entre contratistas y subcontratistas o suministradores, ni los tipos de interés de demora, aplicándose a estos últimos los previstos en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.”

b2) Indemnización de los costes de cobro²¹

Conforme a la modificación introducida por el artículo 1.4 de la Ley 15/2010, el artículo 8²² de la Ley 3/2004, de 29 diciembre expresamente indica en relación con la indemnización por *costes de cobro* (como por ejemplo: gestiones, actuaciones, etc.) que cuando el deudor incurra en mora, “el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por *todos* los costes de cobro *debidamente acreditados* que haya sufrido a causa de la mora de éste.” Asimismo, para la determinación de estos costes de cobro, continúa el aparatado primero, “se aplicarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal”²³, sin que en ningún caso la indemnización pueda superar el 15 % de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate, es decir, por otros 30.000 euros.

Se trata de unos gastos de cobro que el acreedor debe tener perfectamente acreditados y que se produzcan como consecuencia de la mora del deudor.

Por otra parte, no deja de ser conflictiva la aplicación de los principios de proporcionalidad y transparencia señalados en el artículo 8 de la Ley 3/2004. Así, por ejemplo, en la Sentencia 342/2007²⁴, el Juez acude al principio de proporcionalidad para intentar resolver el conflicto sobre el *petitum* de los costes de cobro: la demandante reclamaba los gastos de dos procesos monitorios que si se hubieran incluido en uno hubiesen superado los 30.000 euros que establece la norma, y que hubiesen supuesto unos gastos de 6.124,44 euros; no superando los 30.000 euros,

sin embargo, la norma establece que se permite reclamar el importe hasta el importe de la deuda si ésta no supera dicha cantidad. En el supuesto que tratamos la cuantía ascendía a 6.885,38 euros, y el resultado final es que el Juez decidió, aplicando el principio de proporcionalidad, que los costes de cobro se estipulasen en 6.124 euros.

Hay que resaltar además que, conforme a la antigua redacción del art. 8 de la Ley 3/2004, el legislador ha querido con claridad deslindar la aplicación de la Ley 3/2004, y en concreto, los gastos derivados del coste del cobro, de la condena en costas, aspecto que consideramos positivo porque la aplicación de la redacción anterior podía ser perjudicial para los acreedores, al equiparar en cierta medida, como bien indica FERNÁNDEZ ASTUDILLO²⁵, costes de cobro con las costas judiciales, de los que se podía deducir, que si no declaran las costas a favor del acreedor, o bien no se insta ningún procedimiento judicial, el acreedor tendrá derecho a la indemnización por los costes de cobro, hecho podría apartarse con objeto y la finalidad de la ley, que no es otro que hacer justicia respecto al deudor moroso.

Como crítica negativa respecto a la reforma introducida en relación con los costes de cobro, es que, a nuestro juicio, se deberían haber determinado cuales son los “costes de cobro” que el acreedor puede invocar. Así, por ejemplo, en esta confusión ha manifestado cierta jurisprudencia²⁶ que los honorarios profesionales de un abogado que se encargó de reclamar en vía administrativa no son computables a efectos de determinar los costes de cobro, justificando dicha afirmación en que su actuación no era imperativa y ser susceptible de ser cubierta mediante la condena en costas en los casos que ésta resulte procedente. En definitiva, se concluye en la sentencia que no puede considerarse que constituya un coste de cobro la mera reclamación administrativa que, en realidad, es un trámite previo para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) Y Finalmente, cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación: también para esta tercera cuestión el legislador ha pasado de 60 días a 30 en la redacción actual.

III.1 MODIFICACIONES EN LOS PLAZOS: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA LCSP

Para el cómputo de plazos tenemos que estar a lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta LCSP:

“Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”²⁷.

Por consiguiente, el régimen que se recoge con carácter general es contrario o especial, al que se recoge en la LRJPAC en su art. 48.1 y 4 —Cómputo—:

«1. Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones».

«4. Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo».

La razón de esta peculiaridad²⁸ de la LCSP podemos encontrarla en el Considerando 50 de la Directiva 2004/18/CE:

«Es conveniente que el Reglamento (CEE, Euratom) núm. 1182/1971 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos²⁹ se aplique al cálculo de los plazos establecidos en la presente Directiva»³⁰.

En este Reglamento, efectivamente, encontramos en el art. 3.3 la siguiente referencia:

«Los plazos comprenderán los días feriados, los domingos y los sábados, salvo si éstos quedan expresamente excluidos o si los plazos se expresan en días hábiles».

Dicho esto, creemos suficientemente explicada esta original peculiaridad del cómputo de los plazos en la LCSP.

En los tres supuestos descritos, por tanto, el plazo se reduce de 60 a 30 días³¹, tiempo que debemos entenderlo en su aplicación en referencia a las consideraciones que se establecen en la nueva Disposición Transitoria Octava. Se contemplan en la misma cuatro situaciones distintas.

Primera:

El plazo de treinta días a que se refiere el apartado 4 del artículo 200 de esta Ley (...) se aplicará a partir del 1 de enero de 2013.

Segunda:

Desde la entrada en vigor de esta disposición y el 31 de diciembre de 2010 **el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones** a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 **será dentro de los cincuenta y cinco días siguientes** a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Según la Disposición Final única, la entrada en vigor de la Ley 15/2010 entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»: por tanto la fecha de entrada en vigor es el 7 de julio de 2010.

Como consecuencia de esta disposición **entre el 7 de julio y el 31 de diciembre de 2010, la Administración tendrá la obligación de abonar el precio** dentro de los cincuenta y cinco días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Tercera:

“Entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, **el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio** de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.”

El segundo período comprende entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011: **la Administración tendrá la obligación de abonar el precio** dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Cuarta:

“Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.”

El tercer periodo transitorio comprende entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012: **la Administración tendrá la obligación de abonar el precio** dentro de los **cuarenta** días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

En resumen, se establece un período de adaptación normativa mediante un sistema de reducción progresiva: **la Administración tendrá la obligación de abonar el precio** dentro de los **xxx** días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato:

-Entre el 7 de julio y el 31 de diciembre de 2010: 55 días siguientes.

-Entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011: 50 días siguientes.

-Entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012: 40 días siguientes.

-A partir del 1 de enero de 2013: 30 días siguientes.

IV. EL NUEVO ARTÍCULO 200 BIS LCSP (PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS DEUDAS DE LAS AA.PP.)

Para una mejor comprensión del artículo, y con un claro sentido didáctico, vamos a esquematizar el art. 200 bis LCSP:

a) Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta Ley

b) Los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante:

b1) El cumplimiento de la obligación de pago

b2) Y, en su caso, de los intereses de demora

c) Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago

d) Los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración:

d1) Pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda

e) El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que:

a) La Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago

b) O que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible

b1) en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última

f) La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro

a) Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta Ley

Hemos de entender que transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta Ley, 30 días (*siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la acreditación total o parcial del contrato*), –insistimos, entre el 7 de julio y el 31 de diciembre de 2010: 55 días siguientes; entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011: 50 días siguientes; entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012: 40 días siguientes y a partir del 1 de enero de 2013: 30 días siguientes- para que la Administración abone el precio, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, los intereses de demora.

Una de las normas que ya habían introducido el plazo de 30 días, y por tanto, modificado el régimen de pago de precio que contiene el art. 200.4 LCSP, fue el Real Decreto-Ley 9/2008³², de 28 de noviembre, por el que se crean el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo³³. Así, en su art. 9.5³⁴ se dice expresamente:

“Los ayuntamientos tendrán la obligación de abonar a los contratistas el precio de las obras dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización parcial o total del contrato. (...)”.

En este sentido, ORTEGA MONTORO³⁵ advierte, desde nuestro punto de vista de forma acertada y con un claro trasfondo crítico, que teniendo en cuenta que el “(...) 70% del importe de adjudicación se libra por la Dirección General de Cooperación Local cuando se recibe el certificado de adjudicación del contrato, pero que la diferencia restante no se abona sino cuando se reciba y verifique la justificación de la inversión, dicha diferencia deberá soportarla la Tesorería del Ayuntamiento hasta que se perciban finalmente los fondos estatales. Los plazos de pago se acortan, lo que trata de favorecer sin duda la liquidez de las empresas contratistas, pero no olvidemos que un retraso en los pagos generará los intereses de demora e indemnización por costes de cobro. En ese desfase temporal en la percepción de la financiación estatal, los Ayuntamientos soportarán posiblemente un coste para el que deberán de disponer de liquidez, o puede que la deuda se incremente por la demora en los pagos, demora que sí correrá a su exclusiva cuenta.”

De forma vehemente ORTEGA MONTORO introduce el dedo en la llaga en la realidad contractual de los entes locales. Se trata obviamente, y en esto compartimos por entero su punto de vista, de una norma con una clara vocación de ayuda a las empresas contratistas que intervienen en negocios jurídicos contractuales con las Administraciones Locales, pero que puede conllevar aparejado un mayor endeudamiento de los Ayuntamientos si tienen que responder a las demandas de demora por el aplazamiento injustificado de los pagos que tengan que realizar.

En consecuencia:

a) Con carácter general, tal y como se desprende del artículo 205.2, la Administración tiene que recepcionar o dar su conformidad respecto a la entrega de material o realización del objeto del contrato,

para lo cual se le da el plazo de un mes. Y otro mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, para notificar al contratista la liquidación y abonarle el saldo resultante.

b) En los contratos de obras (art. 218 LCSP):

1) Dentro del plazo de tres meses, contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas.

2) A partir de la fecha de la expedición de las certificaciones (art. 200.4 LCSP), la Administración tendrá treinta días –y en caso, el plazo transitorio que se estipula en la Disp. Transit. Octava- para abonar el precio.

Una vez transcurridos -(para el supuesto a)-, se estipula un plazo máximo de 60 días, mientras que para el supuesto b) el plazo máximo es de 120 días).

b) Los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago

Transcurrido el plazo determinado en el art. 200.4 (plazos máximos de 60 días con carácter general y 120 días para los contratos de obras, como en el apartado anterior se ha indicado), los contratistas tendrán derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Por tanto, en el peor de los supuestos -transcurridos los plazos máximos indicados-, la demora en el pago de la Administración genera dos derechos a favor del contratista:

-Intereses de demora

-Indemnización por los costes de cobro

Llegados a este momento es cuando el contratista podrá reclamar por escrito (téngase en cuenta que a efectos de plazos, a dicha reclamación por escrito se le debe dar el correspondiente registro de entrada según el contenido normativo del art. 38 LRJPAC).

c) Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago

Una vez realizada la “reclamación por escrito”, si transcurriese el plazo de un mes desde la fecha de entrada del registro de la Administración competente sin que la Administración hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.

Por supuesto, sería incorrecta una interpretación basada en un supuesto de silencio administrativo positivo, puesto que de serlo, primero se tendría que anular el acto presunto para poder estimar las alegaciones de la Administración en el juicio oponiéndose a la medida cautelar, hecho que no es posible si nos atendemos a la redacción literal del artículo, puesto que precisamente prevé la posibilidad de que la Administración se pueda oponer a la petición de medida cautelar, bien acreditando que no concurren las circunstancias que justifican el pago, bien demostrando que la cuantía reclamada no corresponde con la exigible.

Así interpretada esta parte del artículo, podemos concluir que el vencimiento del pago supondría la justificación del pago inmediato como base de la medida cautelar; por tanto, la carga de la justificación en cualquiera de los dos supuestos indicados, recaería siempre en la Administración.

d) Los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración

En relación con la interposición del recurso contencioso-administrativo, recuérdese que así se habilita en el art. 2.b) LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

(...) b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas”.

Si acudimos al art. 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, observamos que el artículo en cuestión indica que:

“(…) Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden

deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

Entendemos que una correcta interpretación respecto a la “inactividad administrativa impugnada”, sobre todo si tenemos en cuenta el art. 29.1 LJCA, es que los tres meses allí fijados quedan reducidos a un mes para este supuesto especial, por lo que parece claro que regula un nuevo y especial supuesto de inactividad de la Administración. Por otra parte, hemos de tener presente el art. 136 LJCA, aplicable a los supuestos de hecho contemplados en los artículos 129 y 130 LJCA.

e) El órgano judicial adoptará la medida cautelar³⁶, salvo que:

a) La Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago

b) O que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible

Indica el nuevo artículo 200 bis LCSP que el órgano judicial adoptará como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.

Debemos entender según la redacción dada por el legislador al art. 200 bis LCSP, que la medida cautelar procederá siempre, a no ser que la Administración acredite:

a) Que no concurren las circunstancias que justifican el pago

b) Que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible.

En referencia al supuesto a), la medida cautelar no procederá, en tanto y cuanto la Administración “haya demostrado” que no procede el pago.

En relación con el supuesto b), la Administración tendría que abonar la cuantía dineraria que entienda y demuestre al Juez que es exigible, quedando pendiente para el recurso contencioso-administrativo la diferencia entre lo que la Administración ha demostrado que debe y lo que realmente le exige el contratista.

f) La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro

Finalmente, la sentencia condenará en costas a la Administración

demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro, lo que supone un cierto desequilibrio a la hora de apreciarse las pretensiones del contratista. Esta afirmación tiene su base crítica en que la redacción del artículo indica que la Administración demandada sólo será condenada en costas en el caso de que se produzca la *estimación total de la pretensión de cobro del contratista*. Por tanto, se sigue el criterio de que todas las costas las soporte una de las partes, es decir, se aplica el principio del vencimiento^{37 y 38}, según el cual las costas se imponen al litigante cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas. De esta forma, si el Juez estima todas las pretensiones del contratista, las costas se imponen a la Administración, mientras que si el recurso del contratista es desestimado en todo o en parte, la regla que se aplica entonces es la redactada en el art. 139 LJCA³⁹.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Coord. Emilio Jiménez Aparicio, Ed. Aranzadi, 2009.

- AA.VV., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., Ed. CGPJ, Madrid, 1999.

- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Ed. CGPJ, Madrid, 1999.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Medidas cautelares: comentario a los artículos 129 y 130”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1998, págs. 863 ss.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991.

- DE LA SIERRA, Susana, “Las ‘medidas cautelares’ en la contratación pública. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP, núm. 164, may-ago, 2004.

- DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- ESCRIBANA MORALES, F. Javier, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, Ed. La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2007.

- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Contratación Pública*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Régimen jurídico de la subcontratación en el nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Coord. Jesús Colás Tenas y Manuel Medina Guerrero, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando El Católico –Cátedra Royo Villanova-, Madrid, 2009.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español*, Ed. Cívitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El contrato administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid, 2003.

- MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio, *Contratos del Sector Público Contrato de Obras Públicas*, Ed. Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008.

- MORENO MOLINA, José Antonio, “Regulación comunitaria europea de las concesiones de obras públicas”, en *El contrato de Concesión de Obras Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2009.

- MORENO MOLINA, José Antonio, y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 2ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009 y 1ª ed. 2007.

- MORENO MOLINA, José Antonio, y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Aplicación práctica de la ley de contratos del sector público*, 1 ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

- ORTEGA MONTORO, Rodrigo J., “Comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre: el Fondo Estatal de Inversión Local y las medidas extraordinarias en materia de contratación pública local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, Quincena 15 - 27 Feb. 2009.

- OSORIO ACOSTA, E., *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

- PERELLÓ JORQUER, Antonia, “Comentarios al artículo 200 LCSP”, en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dirs. Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda, Coord. Javier Vázquez Garranzo, Tomo III -Arts. 153 a 265-, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 1888 y ss.

- PUERTA SEGUIDO, Francisco, “El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación. Definición legal y objeto”, en *El contrato de Concesión de Obras Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2009, pág. 75 y ss.

- PUNZÓN MORALEDA, Jesús, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

- RODRÍGUEZ PONTÓN, E. J., *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

- ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador, *Contratos del Sector Público*, Ed. Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2008.

- RUIZ OJEDA, Alberto y GARCIA BERNALDO DE QUIROS, Joaquín, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial. (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.

- SERRANO LOZANO, Rubén, “Actuaciones previas y ejecución del contrato de concesión de obras públicas”, en *El contrato de Concesión de Obras Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, 1ª ed., Las Rozas, Madrid, 2009.

- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa (Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales)*, Ed. Iustel, 1ª ed., Madrid, 2006.

- TORNOS MAS, Joaquín, “La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?”, RAP, núm. 173, may-ago, 2007.

- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier, “El silencio administrativo y la caducidad en los procedimientos administrativos en materia de contratos públicos: en especial, la resolución por incumplimiento del contratista (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007)”, REDA, núm. 137.

- VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969.

NOTAS:

1 Una versión resumida del presente estudio puede consultarse en el número 101 –Oct. 2010– de la Revista Contratación Administrativa Práctica.

2 BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010.

3 Recordemos, como bien se señala en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Coord. Emilio Jiménez Aparicio, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 881: “El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal, autonómica o local de la obligación a favor del contratista y el derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas prescriben de acuerdo con el plazo general establecido en las leyes reguladoras de las distintas haciendas,

de acuerdo a la doctrina sentada por la STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994, 4996) y mantenida por el Dictamen de la Abogacía General del Estado (AE, Dictamen 4/2004 [Ref. A. G. Fomento]), plazo que es de cuatro años para la Hacienda Pública estatal (art. 25 de la LGP), igualmente se interrumpe la prescripción por las causas establecidas en dicho artículo.”

4 Ley 47/2003, de 26 noviembre, BOE 27 noviembre 2003, núm. 284.

5 Como bien se explica en el MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE-Contratos Públicos 2009-2010, pág. 725, a la Administración “...sólo le Interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada –locatio operis– y no la actividad mediante la cual llega el contratista a ese resultado –locatio operarum–. Por eso, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción, con independencia de los pagos fraccionados correspondientes a las distintas medidas de obras (TS 23-4-92, RJ 3932 ; CEst Dict 1231/1993, 24-2-94)”.

6 Conviene recordar, como señala GONZÁLEZ-VARAS, Santiago (*El contrato administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid, 2003, pág. 292), que las certificaciones de obras «constituyen un título de crédito en favor del contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas, a cambio de un precio» (STS de 15 de junio de 1999).

7 Artículo mediante el cual se deroga el art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que recogía el régimen del contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio.

8 MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio, *Contratos del Sector Público Contrato de Obras Públicas*, Ed. Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 502.

9 De la antigua redacción se ha suprimido el texto que hacía referencia a que no procedía la indemnización cuando el coste de cobro haya sido cubierto con la condena en costas al deudor de acuerdo con los artículos 241 a 246 y 394 a 398 de la LECiv. Este apartado ha sido eliminado, a nuestro juicio, porque en la práctica resultaba bastante conflictivo puesto que la aplicación de la Ley parecía que debería ser independiente de los pronunciamientos en materia de costas que puedan recaer en los pronunciamientos judiciales; de lo contrario, de existir un procedimiento judicial deberían vincularse a los pronunciamientos en materia de costas, por lo que la cosa juzgada impediría un nuevo pro-

nunciamento sobre los importes que hipotéticamente conformarían la tasación de costas si recayere condena. Por tanto, cuando la LECiv establece en algunos procedimientos que no es preceptiva la intervención de letrado y procurador, parece que no debería repercutirse los honorarios que en una hipotética tasación de costas se declararían como indebidos.

10 En una sentencia relativamente reciente, el Pleno de la 3ª Sala del TS de 28 de febrero de 2007, niega que se pueda obtener por silencio administrativo el reconocimiento del derecho al cobro de los intereses de demora devengados por el retraso en el pago de un contrato ya ejecutado. Para estudiar dicha sentencia puede acudir al comentario de TORNOS MAS, Joaquín, “La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?, RAP, núm. 173, may-ago, 2007, págs. 185 y ss. Sobre esta sentencia y una posterior de 2 de octubre de 2007, puede consultarse el comentario jurisprudencial de TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier, “El silencio administrativo y la caducidad en los procedimientos administrativos en materia de contratos públicos: en especial, la resolución por incumplimiento del contratista (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007)”, REDA, núm. 137, págs. 103 y ss.

11 Abundante es la bibliografía de referencia sobre el tema de los intereses de demora. Un ejemplo de la más reciente, sin ánimos de ser exhaustivos, podría ser la siguiente: AA.VV., “Comentario al art. 200 de la LCSP”, en *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Coord. Emilio Jiménez Aparicio, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 873 y ss.; ENRÍQUEZ SANCHO, Ricardo, *La contratación administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 1ª ed., 2007, págs. 321 y 322 y 348 a 350; FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Contratación Pública*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 814 y ss.; MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio, *Contratos del Sector Público. Contrato de obras públicas*, Ed. Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008; MORENO MOLINA, José Antonio, y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 1ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, págs. 625 y ss.; PERELLÓ JORQUER, Antonia, “Comentarios al artículo 200”, en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dirs. Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda, Coord. Javier Vázquez Garranzo, Tomo III -Arts. 153 a 265-, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 1888 y ss.; ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador, *Contratos del Sector Público*, Ed. Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2008, págs. 532 y ss.

12 El pago de los intereses de demora ha sido tradicionalmente un tema de tratamiento habitual por la jurisprudencia. A finales del s. XIX y principios del s. XX, el Estado sólo debía intereses de demora cuando se hubiesen pactado de manera expresa (Sentencias de 13 de octubre de 1894, de 18 de febrero de 1899, de 26 de septiembre de 1906, de 23 de abril de 1909, de 12 de julio de 1911). José Luis VILLAR PALASÍ (*Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969, pág. 225) justifica este hecho en que: “En este siglo encontró un apoyo legal «en el carácter limitativo de los créditos presupuestarios, en la necesidad de que las concesiones y obras públicas fueran aprobadas y votados sus presupuestos por Ley». De ahí que, no obstante disponer el Pliego de 1861 (art. 39) y el Real Decreto de 4 de enero de 1883 (art. 35), que se abonarían al contratista los intereses de demora si el Gobierno no pagaba las obras ejecutadas dentro de los dos meses siguientes, la jurisprudencia algunas veces los negara «porque al Estado no es aplicable la Ley que declara constituidos en mora o deudores particulares que se obligan a solventar sus descubiertos en época determinada, ya que la Administración no puede contraer tal obligación ni es posible que se someta a ella, careciendo de medios para la solvencia a que se sometió, no directa, sino subsidiariamente, y necesitando obtenerlos de las Cortes» (Sentencias de 10 mayo 1873 y 5 noviembre 1874). Late detrás de esta argumentación la idea de que la Administración actúa de buena fe en el impago, ya que es el legislativo quien debe otorgar los créditos.”. Sin embargo, continúa dicho autor “...cuando en nuestro siglo la técnica presupuestaria admite los créditos estimativos e incluso los automáticamente ampliables, el viejo soporte del principio cae por su base y en él se van introduciendo cada vez más excepciones. Una de las primeras materias donde esta excepción se confirma es en la contractual: el artículo 40 del Pliego de 1903 vuelve a reconocer los intereses de demora en los mismos términos que los pliegos anteriores. Lo cual viene a ser una compensación a la negativa de la *exceptio non adimpleti* que se contiene en el artículo 41 («en ningún caso podrá el contratista, alegando retraso en los pagos, suspender los trabajos ni reducirlos»), a la vez que una buena medida de política financiera, ya que la negativa de los intereses de demora producía en los contratos la inexorable consecuencia de que los contratistas incluían en sus cifras de licitación primas de cobertura del riesgo de mora (efecto contrario al sentido del privilegio).”

En las fechas más recientes, se admitió, no sin ciertos reparos, su inclusión en la LCE -artículos 47, párrafo 2.º, 73 y 91-.

Y en la actualidad, superadas las primeras dudas y fisuras en cuanto a los beneficios de dicha institución, se ha consolidado de for-

ma muy significativa, sobre todo a raíz de la aparición de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 3), y su posterior transposición en la Ley 3/2004 (arts. 5, 6 y 7).

No obstante lo expuesto, la primera cuestión que se ha suscitado como muy importante, ha sido determinar la fecha de los contratos encausados, hecho muy importante a la hora de poder determinar la legislación aplicable. De esta forma, tenemos que tener en cuenta que a los contratos formalizados con anterioridad al 8 de agosto de 2002 les tiene que ser aplicado el interés previsto en el artículo 100.4 LCAP (art. 99.4 TRLCAP), y a los contratos perfeccionados después de esa fecha se le aplicará el artículo 7 de la Ley 3/2004.

13 Artículo 7 LCSP. “Interés de demora. 1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente. 2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales. Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta. El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación. 3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior.”

14 Véanse las Resoluciones en las que se fija el tipo de interés legal de demora: RESOLUCION de 18 de enero de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora para el primer semestre natural del año 2005: el interés de demora se fijó en un: 9,09% -BOE núm. 17, jueves 20 de enero de 2005-; RESOLUCIÓN de 30 de junio de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre del año 2005: el interés de de-

mora se fijo en un: 9,05%; RESOLUCIÓN de 29 de diciembre de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2006: interés de demora se fijo en un: 9,25% - BOE núm. 9, miércoles 11 enero 2006-; RESOLUCIÓN de 28 de junio de 2006, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2006: interés de demora se fijo en un: 9,83% -BOE núm. 156, sábado 1 julio 2006- ; RESOLUCIÓN de 28 de diciembre de 2006, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2007: el interés de demora se fijo en un: 10,58% -BOE núm. 2, martes 2 de enero de 2007-; RESOLUCIÓN de 26 de junio de 2007, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2007: el interés de demora se fijo en un: 11,07% -BOE núm. 156, sábado 30 junio 2007-; Resolución de 30 de diciembre de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2009: el interés de demora se fijo en un: 9,50% -BOE núm. 5, martes 6 de enero de 2009-; Resolución de 29 de diciembre de 2009, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2010: el interés de demora se fijo en un: 8% -BOE núm. 1, viernes 1 de enero de 2010-; RESOLUCIÓN de 2 de enero de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2008: el interés de demora se fijo en un: 11,20% -BOE núm. 6, lunes 7 de enero 2008; RESOLUCIÓN de 27 de junio de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2008: el interés de demora se fijo en un: 11,07% -BOE núm. 161, viernes 4 julio 2008-; Resolución de 30 de junio de 2009, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2009: el interés de demora se fijo en un: 8% -BOE núm. 161, sábado 4 de julio de 2009-; Resolución de 29 de diciembre de 2009, de la Direc-

ción General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2010: el interés de demora se fijó en un: 8% -BOE núm. 1, viernes 1 de enero de 2010-; Resolución de 30 de junio de 2010, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2010: el interés de demora se fijó en un: 8% -BOE núm. 159, jueves 1 de julio de 2010-.

15 Así se ha declarado, por ejemplo, en el Informe de la IGAE de 11 de junio de 2001: "...La factura debe ser expedida por el contratista previamente al reconocimiento de la obligación que se deriva de las certificaciones de obra y ello porque la legislación vigente en materia de ejecución del gasto público hace necesaria una justificación documental previa al reconocimiento de toda obligación...".

16 Véanse en este sentido la Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2004 y el Informe de la IG de la Comunidad de Madrid de 18 de marzo de 2009.

17 PERELLÓ JORQUER, Antonia, "Comentarios al artículo 200...", Op. cit., pág. 1901.

18 En efecto, según pone de manifiesto también FERNÁNDEZ ASTUDILLO (*Contratación Pública*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 829 y 830), la Administración no se constituye en mora a partir de la *interpellatio morae*, pues "no se requiere la previa interpelación del contratista al ente contratante, sino simplemente el transcurso deberá abonar al contratista el interés (...) legal del dinero incrementado con el correspondiente tipo de demora de las cantidades adeudadas". En el mismo sentido, RUIZ Y GARCÍA (RUIZ OJEDA, Alberto y GARCIA BERNALDO DE QUIROS, Joaquín, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial. (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 402 y 403) aducen a que el "TS recurrió al argumento de aplicar el régimen del art. 94.2 del RCCL, que preveía la constitución automática en mora, y justificar en base a él un tratamiento uniforme de los contratistas, con independencia de la Administración con la que contratasen". Sobre este tema particular, puede leerse el resumen jurisprudencial, y que a continuación reproducimos, que T. Font i Llovet y J. Tornos Mas realizaron en la RAP -núm. 115-ene-abr- 1988, pág. 275 y 276-, sobre este tema en particular: "(F) Pago. Intereses de demora. No necesidad de «interpellatio morae».

«En cuanto a la necesidad de la “*interpellatio morae*” establecida en el artículo 1100 del Código Civil, es necesario atenerse a lo establecido en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, y concretamente en su artículo 94, habida cuenta que el párrafo primero del artículo 109 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977, de desarrollo parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 1975, establece la aplicación de las normas contenidas en el mismo y en sus disposiciones reglamentarias para los contratos de obras, como, sin duda, lo es el de autos, teniendo sólo carácter supletorio, y por este orden, la Ley de Contratos del Estado, las restantes normas del Derecho Administrativo y sólo en último lugar las normas del Derecho Privado; sin embargo, estas últimas han pesado de un modo muy particular sobre esta cuestión, y ello ha determinado la existencia de una doctrina jurisprudencial cambiante a propósito de la necesidad de la *interpellatio morae* y de la interpretación del expresado artículo 94 del Reglamento de Contratación, y si bien es cierto existen algunas resoluciones que tienden a hacerla necesaria, hasta el extremo de estimar no se produce la mora si ella no se actúa, y de ello es muestra, por ejemplo, la sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1978, otras, por el contrario, han interpretado el mencionado texto reglamentario en el sentido de estimar que el plazo de dos meses que establece su párrafo segundo es el tiempo durante el cual pueden las Corporaciones deudoras abonar sus deudas sin devengo alguno de intereses que éste se produce de modo automático, sin necesidad de expreso requerimiento, por el mero transcurso del citado plazo sin haber realizado el abono de la deuda (ver sentencia de 20 de febrero de 1984) cuando en el contrato nada se ha establecido al respecto, siendo de destacar que tal doctrina tiene sus antecedentes en resoluciones anteriores, como lo son, entre otras, las de 16 de marzo de 1982 y 16 de febrero de 1983, concretando ésta, con cita de aquélla, que “la prescripción general establecida en el artículo 1100 del Código Civil no es incompatible con la prescripción específica contenida en el artículo 94 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, dado que la intimación al (deudor) que en aquel precepto se establece para que la mora exista no es necesaria, cual en el mismo precepto se determina, si la Ley así lo declara expresamente, como en el presente caso ocurre, al determinarse en el artículo 94, número 2, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (que) bastará el retraso de dos meses en los pagos para que (el interés) pueda exigirse”, y que esta doctrina forma un todo coherente con la establecida ya de antiguo para los contratos del Estado, de la que son paradigma las sentencias de este Tribunal de 17 de mayo (Sala 3.^a) y 18 de octubre de 1977 (Sala 4.^a), y que se ha afirmado definitivamente tras la reforma de la Legislación de contratos del Estado operada en 17 de marzo de 1973, pues aunque

es cierto que la legalidad aplicable en las Administraciones Locales es distinta que aquella y que ésta sólo es aplicable subsidiariamente, debe ella tenerse en cuenta a efectos hermenéuticos, a fin de establecer una interpretación acorde sobre materias esencialmente iguales, cuales son las derivadas de ambas contrataciones, cuando ello es factible sin necesidad de forzar el texto, cual sucede con el ya repetido párrafo segundo del artículo 94 del Reglamento de contratación, donde se establece que el devengo de intereses se realizaría en cuanto transcurra el tiempo de abono establecido, pues para ello “basta” se produzca el retraso de los dos meses que el texto concede para el pago; es decir, no se trata de ninguna aplicación analógica de normas aplicables en otras esferas de la vida contractual, cual críticamente” señala el Ayuntamiento recurrente respecto de la interpretación realizada por la sentencia de instancia, sino de una hermenéutica coherente de las normas específicamente aplicables, con el fin de obtener un bloque doctrinal unitario respecto de aspectos iguales de la institución contractual administrativa.» (Sentencia del TS de 20 de diciembre de 1986, Sala de lo Contencioso-Administrativo, FD 2º).

19 También hace uso de la Exposición de Motivos para justificar la imposibilidad de pacto en cuanto a los intereses de demora en aquellos contratos en los cuales participen las Administraciones Públicas, las Sentencias 10772/2009, de 10 de junio, y 10791/2009, de 29 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) FJ 2º.

20 Sobre este tema puede consultarse: SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa (Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales)*, Ed. Iustel, 1ª ed., Madrid, 2006, págs. 147 y 148; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Régimen jurídico de la subcontratación en el nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Coord. Jesús Colás Tenas y Manuel Medina Guerrero, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando El Católico –Cátedra Royo Villanova-, Madrid, 2009, pág. 272; AA.VV., “Comentario al art. 200 de la LCSP”, en *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Coord. Emilio Jiménez Aparicio, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 873 y ss.; PERELLÓ JORQUER, Antonia, “Comentarios al artículo 200”, en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dirs. Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda, Coord. Javier Vázquez Garranzo, Tomo III -Arts. 153 a 265-, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 1888 y ss.; FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Contratación Pública*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 819 y ss., y 827 y ss.; MORENO MOLINA, José Antonio, y PLEITE GUADA-

MILLAS, Francisco, *La nueva Ley...*, Op. cit. págs. 628 y 629.

21 Téngase en cuenta que el origen de la redacción del artículo 8 de la Ley 3/2004 se encuentra en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en concreto, puede verse al respecto el Considerando 17, y art. 3.1.e) “e) salvo que el deudor no sea responsable del retraso, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste. Estos costes de cobro respetarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda de que se trate. Siempre que respeten los principios citados, los Estados miembros podrán fijar una cantidad máxima en lo que se refiere a los costes de cobro para diferentes cuantías de deuda.”.

22 Haciendo mención el legislador a la deuda “principal” se ha querido deslindar de los intereses que genera la deuda, que al ser automáticos, también se consideran deuda.

23 Sentencia 342/2007, de 6 de junio, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), FD 2º.

24 FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Contratación Pública*, Tomo II, Op. cit., pág. 820.

25 Sentencia núm. 210/2007 de 13 de julio, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo, FJ 6º.

26 Equivalente a art. 76 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio.

27 Hay autores que se plantean dicha singularidad. Así, por ejemplo, ESCRIHUELA MORALES (ESCRIHUELA MORALES, F. Javier, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, Ed. La Ley, 1ª ed., diciembre 2007, Madrid, pág. 203), se expresa de la siguiente forma: «De este modo, separándose del régimen general recogido en el citado art. 48, y sin entender, por nuestra parte, las razones de dicha singularidad, se consagra en materia de contratación pública el principio de que los plazos señalados por días habrán de entenderse como días naturales, salvo que expresamente se indique lo contrario en la propia Ley». Estamos de acuerdo con el citado autor en que esta peculiaridad obliga a una búsqueda en cada caso, para determinar el carácter natural o hábil del plazo, lo que, metodológicamente no resulta adecuado, máxime cuando existen multiplicidad de plazos para los que se sigue el criterio de día hábil.

28 DO L 124 de 8 de junio de 1971, pág. 1.

29 Este reglamento se puede consultar en base de artículos Dialnet en la que se hace referencia a su publicación en la Revista de Administración Pública, núm. 133, 1994, págs. 561-564: http://ildialnet.unirioja.es/ser_ylet/articulo?codigo=17222, donde se incluye a texto completo.

30 Recuérdese que el plazo de 60 días ya venía establecido en el art. 99 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio.

31 Sobre el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, puede consultarse el estudio de ORTEGA MONTORO, Rodrigo J., “Comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre: el Fondo Estatal de Inversión Local y las medidas extraordinarias en materia de contratación pública local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, Quincena 15 – 27, feb., 2009, pág. 352.

También puede consultarse el Informe 75/08, Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 15 de diciembre de 2008, por el que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras ajustados a lo dispuesto en Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y aprueba créditos extraordinarios para atender a su financiación. (Un acceso a este informe se encuentra en la obra de MORENO MOLINA, José Antonio, y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Aplicación práctica de la ley de contratos del sector público*, 1 ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 765 y ss.).

32 BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2008.

33 Téngase en cuenta que este el apartado 5 del artículo 9 fue desarrollado por la Resolución de 17 de febrero de 2009 (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2009).

34 ORTEGA MONTORO, Rodrigo J., “Comentarios de urgencia...”, *Op. cit.*, apartado 5 –Pago del precio-.

35 Sobre el tema de las medidas cautelares en la contratación pública puede consultarse a DE LA SIERRA, Susana, “Las ‘medidas cautelares’ en la contratación pública. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Admi-

nistraciones Públicas”, RAP, núm. 164, may-ago, 2004, pág. 211 y ss. Sobre las medidas cautelares, en general, puede consultarse: - AA.VV., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., Ed. CGPJ, Madrid, 1999; BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Ed. CGPJ, Madrid, 1999, págs. 15 ss.; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Medidas cautelares: comentario a los artículos 129 y 130”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, «REDA», núm. 100, 1998, págs. 863 ss.; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991; DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español*, Ed. Cívitas, Madrid, 3ª ed., 2004; OSORIO ACOSTA, E., *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ PONTÓN, E. J., *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, etc.

36 Véase al respecto: CORDÓN MORENO, Faustino, *El Proceso Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra, pág. 259. Para un estudio más completo puede consultarse: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, en especial el “Capítulo 57: Costas Procesales”, págs. 584 y ss.

37 Se ha vuelto con la acogida del principio del vencimiento a lo estipulado en la derogada 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, principio, que como bien resalta GONZÁLEZ-VARAS (*Comentarios a la Ley*, Op. cit. Pág. 584), fue defendido durante la tramitación de la LJCA (art. 141 del Proyecto –BOCG de 30 de septiembre de 1995; y proyecto publicado en el BOCG de 18 de junio de 1997, Serie A, núm. 70-1). No obstante lo indicado, en el art. 139.2 LJCA, esto es, para las demás instancias o grados (casación, apelación

y revisión), se estipula que se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, lo cual no deja de ser una aplicación del principio de vencimiento.

38 Téngase en cuenta que el precepto sigue el criterio que anteriormente había impuesto la Ley de 1956.

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERATIVAS DE CASTILLA-LA MANCHA

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Memoria.- El expediente se inicia con la Memoria justificativa del anteproyecto, suscrita el día 26 de febrero de 2009 por el Director General de Trabajo e Inmigración.

La Memoria alude a la competencia que con carácter exclusivo ostenta la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de cooperativas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.1.22ª del Estatuto de Autonomía. La necesidad de aprobación de una nueva Ley en esta materia viene *“motivada por la necesaria adaptación a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC 32), así como para flexibilizar la legislación sobre cooperativas, al objeto de fomentar su creación y facilitar que estas empresas puedan competir eficazmente en el mercado, en términos de igualdad con otras fórmulas empresariales”*. Según se dice en la Memoria, las líneas generales de la reforma que se propone están en consonancia con los pronunciamientos de las Instituciones europeas que se han introducido en los últimos tiempos y deben abordar principalmente las siguientes cuestiones:

-Consideración de la autonomía de la voluntad como piedra angular de la reforma.

-Introducción de un nuevo tipo de cooperativa con objeto de posibilitar la creación de pequeñas cooperativas como alternativa real a otras fórmulas societarias.

-Modificación del régimen de los socios y del derecho de voto, previendo el voto ponderado para algunas clases de cooperativas.

-Revisión de la regulación del órgano de administración con objeto de aproximarla a la de otras fórmulas societarias que vienen demostrando mayor eficacia y eficiencia en su gestión.

-Modificación del régimen económico para adaptarla a la NIC

-Revisión de la regulación de las distintas clases de cooperativas, especialmente de viviendas, con objeto de dotar de mayores garantías a la posición de los socios.

Asimismo se señala que la magnitud de la reforma que se pretende emprender aconseja la elaboración de un nuevo texto legal en lugar de proceder a su modificación, dando de esta forma mayor claridad y seguridad jurídica a la regulación de esta materia.

Finalmente se manifiesta que la Consejería de Trabajo y Empleo cuenta con dotación tanto de medios humanos como materiales necesarios para la aplicación de la norma que se propone.

Segundo. Autorización.- A la vista de la Memoria, con fecha 26 de febrero de 2009, la Consejera de Trabajo y Empleo autorizó la iniciación del expediente de elaboración del anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

Tercero. Primer borrador.- En la sesión celebrada por el Consejo Regional de Economía Social el día 6 de marzo de 2009 se acordó la constitución de un grupo de trabajo para la elaboración del borrador del proyecto de reforma de la Ley de Cooperativas, cuyos trabajos dan lugar al borrador del proyecto de Ley fechado el día 28 de diciembre de 2009. También obran en el expediente las alegaciones efectuadas por la Unión de Cooperativas de Trabajo Asociado Autónomo Manchegas (UCTACAM) y por la Unión de Cooperativas Agrarias de Castilla-La Mancha (UCAMAN), así como un informe de la Secretaria del Consejo Regional de Economía Social sobre los trabajos del grupo que se había constituido para la elaboración del borrador del anteproyecto de Ley.

Cuarto. Información pública.- Según consta en el informe del Director General de Trabajo e Inmigración de 29 de enero de 2010, en el expediente se ha dado audiencia a la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda, como organismo que puede resultar afectado por la nueva regulación, así como a la Confederación de Empresarios de Castilla-La Mancha y a las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, habiéndose realizado alegaciones únicamente por Comisiones Obreras.

Quinto. Informes jurídicos.- Con fecha 2 de febrero de 2010, la Jefa del Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Trabajo y Empleo, emitió un informe sobre el contenido del anteproyecto de Ley, en el que tras efectuar diversas consideraciones, finaliza informando favorablemente el mismo.

Tras redactar un nuevo borrador, se solicitó informe al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, quién manifiesta no observar inconveniente a su toma de consideración por el Consejo de Gobierno.

Sexto. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- Según se desprende de la certificación emitida por el Consejero de Presidencia y Secretario del Consejo de Gobierno, éste órgano, en su sesión del día 23 de febrero, acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha y someterlo sucesivamente al Consejo Económico y Social y al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Séptimo. Alegaciones de la Dirección General de Vivienda.- El día 18 de marzo de 2010 el Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión de Ayudas, con el visto bueno de la Directora General de la Vivienda emite un informe en el que se analiza la incidencia que el contenido del anteproyecto de Ley puede tener con la normativa estatal sobre vivienda, así como el impacto que su aprobación tiene en la normativa autonómica en materia de vivienda, efectuando al efecto diversas consideraciones, especialmente referentes a las cooperativas de viviendas por la incidencia que pueda tener respecto de las viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

En relación con estas consideraciones, el Director General de Trabajo e Inmigración expone que la legislación referente a viviendas protegidas no debe condicionar la legislación en materia de cooperativas, si bien para evitar posibles conflictos se incluye una nueva disposición final en la que se establece que el régimen de las cooperativas de viviendas establecido en la Ley será de aplicación sin perjuicio de lo previsto en la normativa sectorial sobre cooperativas de vivienda protegida.

Octavo. Dictamen del Consejo Económico y Social.- El Pleno del Consejo Económico y Social, en su reunión del día 25 de marzo de 2010, emitió el dictamen que le había sido solicitado sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha. En el mismo, después de efectuar un análisis del contexto normativo en el que se enmarca el proyecto de Decreto Legislativo, se efectúa una valoración del texto remitido, tanto con carácter general como a su articulado, y concluye dictaminando favorablemente el referido proyecto.

A la vista de las observaciones contenidas en el anterior dictamen, el Director General de Trabajo e Inmigración emitió un informe fechado el día 7 de abril de 2010, en el que se indica que se ha modificado

el texto del proyecto con la aceptación de alguna de las consideraciones efectuadas por el Consejo Económico y Social, expresando al mismo tiempo las razones que han aconsejado no aceptar las demás.

Noveno. Contenido del anteproyecto.- El texto del anteproyecto que se somete a dictamen consta de Exposición de Motivos, 167 artículos estructurados en cinco Títulos, dos disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y cinco finales.

En la Exposición de Motivos, tras recoger el fundamento competencial para su aprobación, se dice que los objetivos que se pretenden conseguir con la Ley son: fomentar la constitución de cooperativas, para lo cual se ha optado por una norma menos organicista y basada en la autonomía de la voluntad de los socios para su autorregulación y reforzar el papel de las cooperativas en el ámbito empresarial, sin menoscabo de los derechos de sus socios.

Posteriormente, tras destacar el amplio consenso social habido en su elaboración, se efectúa un breve resumen del contenido del Anteproyecto de Ley.

El Título Preliminar, "*Disposiciones generales*", se integra de 3 artículos dedicados al objeto de la Ley, el concepto de cooperativa y el ámbito de aplicación.

El Título I, "*De la sociedad cooperativa*", comprensivo de los artículos 4 a 120, se estructura en diez Capítulos.

El Capítulo I, "*Disposiciones generales*" (artículos 4 al 9), regula el objeto social que pueden tener las cooperativas, su denominación, domicilio social, capital social y responsabilidades, operaciones con terceros y secciones que se pueden constituir por las cooperativas.

El Capítulo II, "*De la constitución de la cooperativa*" (artículos 10 al 16), contempla la personalidad jurídica de las cooperativas, el número mínimo de socios, los procedimientos para la constitución, la escritura de constitución, los estatutos sociales, la cooperativa en constitución y el procedimiento de inscripción de la cooperativa.

En el Capítulo III, "*Del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha*" (artículos 17 al 21), se establecen las características, estructura y objeto de dicho Registro, distribución competencial, los principios que rigen su eficacia, las inscripciones constitutivas así como el derecho supletorio y normas complementarias en cuanto a plazos, recursos, com-

parencia, representación y demás materias no reguladas expresamente en la Ley.

El Capítulo IV, “*De los socios*” (artículos 22 a 39), se integra en cuatro secciones, en las que se regula la cualidad de socio y sus distintas clases (temporal, de trabajo y colaborador); la adquisición y pérdida de la cualidad de socio; el contenido de la cualidad de socio y las normas de disciplina social

El Capítulo V, “*Órganos Sociales*”, (artículos 40 a 73), también se estructura en cuatro secciones. La primera establece los órganos que se consideran necesarios en todas las cooperativas, así como la posibilidad de crear otros de forma facultativa. La segunda está dedicada a la Asamblea General estableciéndose el concepto y competencias de la misma, clases, régimen de su convocatoria constitución y funcionamiento, el derecho de voto, el voto por representación, los acuerdos, las Asambleas Generales de delegados, y la impugnación de acuerdos sociales. La tercera está dedicada a regular el órgano de gobierno y se subdivide en dos subsecciones, conteniendo la primera las disposiciones comunes a cualquier modalidad de organización de la administración y la segunda las referentes al Consejo Rector, configurando los que considera cargos necesarios, como son el Presidente, Vicepresidente y Secretario, remitiendo a los estatutos la determinación del resto de miembros del mismo. Asimismo regula el procedimiento para la adopción de acuerdo, el régimen de su impugnación, así como la delegación de facultades por parte de dicho órgano. En la cuarta se contienen las disposiciones referentes a los órganos facultativos, entre los que contempla la Comisión o Comité de recursos, la Comisión de Intervención o de Control de la Gestión y el Comité Social.

El Capítulo VI, “*Del régimen económico*” (artículos 74 al 93), regula el capital social de las cooperativas, las aportaciones obligatorias y voluntarias, la remuneración de las aportaciones y su actualización, transmisión, liquidación y reembolso, las financiaciones que no integran capital social, las participaciones especiales, las operaciones con terceros, el ejercicio económico, la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, la determinación de los resultados del ejercicio económico, la aplicación de los excedentes, la imputación de pérdidas, el Fondo de Reserva Obligatorio, el Fondo de Formación y Promoción, el Fondo de Reserva Voluntario y el Fondo de Reembolso.

El Capítulo VII, “*Documentación social y compatibilidad*” (artículos 94 a 96), establece la documentación social que han de llevar las cooperativas, y regula su contabilidad y auditoría de cuentas.

El Capítulo VIII, “*De las modificaciones estatutarias*” (artículos 97 y 98), establece los requisitos y modalidades de la modificación y el cambio de domicilio social.

El Capítulo IX, “*De la transformación, fusión y escisión*”, se divide a su vez en tres Secciones. La Sección Primera, “*De la transformación*” (artículos 99 y 100), regula la transformación de otras sociedades en cooperativas, y la transformación de la cooperativa. La Sección Segunda, “*De la fusión*” (artículos 101 a 108), regula las modalidades y efectos de la fusión, el proyecto de fusión, la información que han de recibir los socios sobre la fusión, el acuerdo de fusión, el derecho de separación del socio, el derecho de oposición de los acreedores, la escritura e inscripción de la fusión, y la fusión de cooperativas con otras sociedades. La Sección Tercera, “*De la escisión*” (artículo 109) establece el régimen aplicable a la escisión de la cooperativa.

El Capítulo X, “*De la disolución y liquidación*”, aparece dividido en dos Secciones. En la Sección Primera, “*Disolución*” (artículos 110 a 113), se regulan las causas de disolución, la disolución por transcurso del término, el acuerdo de disolución, y la reactivación de la cooperativa. Y la Sección Segunda, “*Liquidación*” (artículos 104 a 120), regula la liquidación de la cooperativa, la intervención de la liquidación, las funciones de los liquidadores, el balance final, la adjudicación del haber social, la escritura de extinción de la sociedad y las situaciones concursales.

El Título II, “*De las Clases de Cooperativas*”, comprende los artículos 121 al 157, estructurados en tres Capítulos. En el primero “*Disposiciones generales*”, se integra por los artículos 121 a 153. En el artículo 121 se enumeran las clases de cooperativas que pueden constituirse en atención a la finalidad perseguida y al objeto social de la actividad desarrollada, así como el régimen jurídico de aplicación general. El resto de articulado se encuentra integrado en 14 secciones, en las que se contienen las disposiciones específicas de las diferentes clases de cooperativas. La sección primera “*De las cooperativas de trabajo asociado*” (artículos 122 al 127), define esta clase de cooperativas y establece una serie de disposiciones generales aplicables a las mismas, regula los trabajadores de la cooperativa, el régimen de prestación del trabajo, la suspensión y excedencia, la baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y derivadas de fuerza mayor, y las cuestiones contenciosas. La sección segunda, “*De las cooperativas de servicios*” (artículo 128), regula el concepto y caracteres de dichas cooperativas. La sección tercera, “*De las cooperativas de transportes*” (artículo 129) regula el concepto y caracteres de estas cooperativas. La sección cuarta, “*De las*

cooperativas agrarias” (artículo 130), regula el concepto y caracteres de las mismas. La sección quinta, “*De las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra*” (artículos 131 a 134), establece su objeto y ámbito de actuación, la cesión del uso y aprovechamiento de bienes, y su régimen económico. La sección sexta, “*De las cooperativas de viviendas*” (artículos 135 a 143), regula su objeto de ámbito geográfico, las disposiciones específicas sobre los socios y sobre el órgano de administración, las construcciones por fases o promociones, la auditoría de cuentas, las garantías especiales, la transmisión de derechos y el régimen de los socios no adscritos a ninguna promoción. Las secciones séptima, octava, novena y décimo, todas ellas integradas por un único artículo, definen el concepto y los caracteres de las cooperativas de consumidores y usuarios, de seguros, sanitarias y de enseñanza. La sección undécima “*De las cooperativas de iniciativa social y de integración social*” (artículos 148 al 150), regulan las cooperativas de iniciativa social y de integración social. Finalmente, en las secciones duodécima a decimocuarta, todas ellas integrantes de un artículo cada una, regulan las cooperativas de crédito, las mixtas y las integrales.

El Capítulo II, “*De las cooperativas de segundo o ulterior grado*”, (artículos 154 a 156), regula el objeto y características de tales cooperativas, sus socios, órganos y derecho de voto, y su régimen económico y normativa supletoria. En el Capítulo III “*Otras modalidades de colaboración económica*”, recoge en un artículo, el 157, las modalidades de colaboración entre cooperativas pudiendo éstas constituir sociedades, agrupaciones, consorcios, grupos cooperativos, uniones entre sí, o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y formalizar convenios o acuerdos, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses.

El Título III, “*De la Administración Autonómica y las Cooperativas*” (artículos 158 al 162), establece una serie de principios generales en la actuación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, respecto del cooperativismo, regula la función inspectora, el régimen de infracciones y sanciones, las causas de descalificación de la cooperativa y el procedimiento aplicable.

El Título IV, “*Del asociacionismo cooperativo*” (artículos 163 al 167), establece los principios generales aplicables al asociacionismo cooperativo, las uniones federaciones y confederaciones de cooperativas y las normas comunes aplicables a las mismas, regula la definición, funciones y composición del Consejo Regional de Economía Social de Castilla-La Mancha, y la conciliación y el arbitraje cooperativo.

En la disposición adicional primera establecen las reglas sobre el cómputo de plazos y en la segunda se prevé la compatibilidad del régimen jurídico de las cooperativas de vivienda con lo establecido en la normativa sectorial sobre cooperativas de vivienda protegida.

La disposición transitoria primera establece la normativa aplicable a los expedientes en materia de cooperativas iniciados antes de la vigencia de la Ley; la segunda establece un plazo de tres años para que las cooperativas, sus uniones y federaciones, adapten sus Estatutos a los preceptos de la Ley; y la tercera determina la aplicación del Decreto 178/2005, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha hasta tanto no se efectúe su modificación, siempre que sea compatible con lo establecido en la Ley.

Mediante la disposición derogatoria se deja sin efecto la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha y demás normas que se opongan a la Ley.

La disposición final primera establece el régimen de regulación supletoria a la Ley, en la segunda faculta al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo previsto en la Ley, así como para adaptar en el plazo de un año las normas reguladoras del régimen de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha; la tercera faculta al Consejo de Gobierno para regular nuevas clases de cooperativas y establecer sus normas; la cuarta prevé la posibilidad de actualizar las cuantías de las sanciones previstas en la Ley, por el Consejo de Gobierno; y la quinta contiene el régimen de entrada en vigor de la Ley.

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 19 de abril de 2010.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete al dictamen de este Consejo el anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, estableciendo el artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del

Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que este último órgano deberá ser consultado “*en los siguientes asuntos: [...] 3.- Anteproyectos de Ley*”.

Por consiguiente, de conformidad con 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, acompañando del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios*”.

Los genéricos términos en que se halla formulado tal precepto dejan a 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 quien 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 23 de febrero de 2010, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de cooperativas de Castilla-La Mancha, acordando solicitar el dictamen del Consejo Económico y Social y, tras su emisión, el de este Consejo Consultivo.

En cuanto a las actuaciones previas a la toma en consideración del anteproyecto se concretan, en el presente caso, con el acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración de la norma adoptado por la

titular de la Consejería competente; Memoria justificativa de la necesidad y conveniencia de proceder a la aprobación de esta nueva regulación suscrita por el titular de la Dirección General de Trabajo e Inmigración, centro directivo desde el que se impulsa la iniciativa; el otorgamiento con especial amplitud del trámite de audiencia a distintas entidades y organizaciones interesadas en la aprobación de la norma; informe sobre los trabajos emitido por el Consejo Regional de Economía Social; informe del Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería e informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades. Por último, como trámite previo a la solicitud del pronunciamiento de este Consejo Consultivo, se aporta el dictamen 4/2010, de 25 de marzo, emitido por el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.

Para conformar adecuadamente el expediente se han acompañado a los trámites anteriores los diferentes borradores de la norma manejados durante los distintos momentos de la tramitación, los cuales han sido ordenados cronológicamente plasmando en ellos la fecha en que han sido elaborados. La aportación de dichos borradores ha permitido apreciar las alteraciones que han ido siendo introducidas en el texto inicial con las sucesivas aportaciones de los diversos órganos participantes en el procedimiento, aspecto que se ve completado con los informes de la Dirección General de Trabajo e Inmigración acerca del tratamiento otorgado a las observaciones manifestadas en cada ámbito, que han contribuido a hacer patentes las razones que justifican en cada caso la aceptación o no de las mismas y su eventual incorporación al texto final resultante.

Sin perjuicio de lo expuesto, y tras el análisis de las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento, se hace preciso poner de manifiesto que no figura en el expediente remitido a este órgano que el anteproyecto se haya sometido al informe de los distintos departamentos de la Administración Regional cuyas competencias podrían verse afectadas por la regulación prevista. Sí consta que fue informado por la Consejería de Economía y Hacienda y por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, aunque esta última remitió sus alegaciones el 23 de marzo de 2010, después de la toma en consideración del anteproyecto por el Consejo de Gobierno de modo que éste no ha podido tener conocimiento de lo alegado, por lo que esta observación presenta más entidad, ya que la asunción de la iniciativa que le corresponde requiere que el texto definitivo que apruebe como anteproyecto sea el resultado de la completa tramitación sustanciada previamente.

Es cierto que, algunas Consejería como Agricultura y Desarrollo

Rural o el Instituto de la Mujer contaban con un representante en el seno del Consejo Regional de Economía Social, sí bien no habría estado de más, haber remitido a todos los Organismos y Consejerías que pudieran resultar afectados por la nueva Ley una copia del anteproyecto al objeto de su estudio e informe.

Sin perjuicio de las observaciones expuestas cabe sino concluir que el procedimiento ha sido tramitado correctamente, adecuándose a lo previsto en la normativa que resulta de aplicación.

III

Marco constitucional, estatutario y legal en que se inserta el anteproyecto de Ley.- Pasando al examen del marco normativo y competencial en el que viene a insertarse la norma proyectada, cabe tomar como punto de partida lo ya expuesto por este Consejo en su anterior dictamen 92/2002, de 5 de julio, relativo a la actual Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, en el que se hizo un extenso análisis sobre el complejo juego de competencias que se entrecruzan en la regulación de esta singular figura societaria.

Como se dijo en aquel dictamen, la regulación acogida en el anteproyecto es claramente vinculable al mandato que el artículo 129.2 de la Constitución dirige a los poderes públicos para que fomenten, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, así como a las previsiones del artículo 53.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, donde se señala que la Junta de Comunidades, como poder público, *“podrá fomentar, mediante acciones adecuadas, las sociedades cooperativas en los términos resultantes del presente Estatuto”*. En ese sentido, la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para regular la materia referida se encuentra establecida en el artículo 31.1.22^a de su Estatuto de Autonomía, a tenor del cual la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ostenta competencia exclusiva en materia de *“Cooperativas y entidades asimilables, mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, respetando la legislación mercantil”*, si bien es perceptible también la incidencia tangencial que la materia objeto de regulación tiene sobre otros títulos competenciales que ostenta la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, como los relativos a la *“organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”* (artículo 31.1.1^a); *“planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región”* (artículo 31.1.12^a); o *“procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia”* (artículo 31.1.28^a), igualmente de carácter exclusivo.

En el ámbito estatal, las cooperativas han sido objeto de regulación por la Ley 27/1999, de 16 de julio, que vino a derogar la anterior Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, reformulando el ámbito de aplicación de ésta ante la asunción por parte de todas las Comunidades Autónomas de competencias exclusivas en dicha materia, de tal modo que en el artículo 2 de la citada Ley 27/1999, de 16 de julio, se delimita su ámbito de aplicación dejándolo circunscrito a “A) *A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal [y] B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla*”. Consecuentemente, en dicha Ley ningún precepto aparece calificado como normativa básica, por lo que la Comunidad Autónoma, de acuerdo con su competencia exclusiva, dispone de un amplio margen de actuación a la hora de regular la materia de cooperativas para adaptarlas a las necesidades que demanda la economía regional. Ahora bien, ello no significa que tal competencia se encuentre desprovista de límites; antes bien, conforme se ha señalado anteriormente, el propio Estatuto de Autonomía reconoce tal competencia a la Comunidad Autónoma “*respetando la legislación mercantil*”.

Para el establecimiento de una línea divisoria que permita discernir entre los contenidos normativos propios de la regulación de las sociedades cooperativas al alcance de las Comunidades Autónomas y aquellos otros que han de quedar reservados al Estado, por su caracterización como regulación mercantil, resulta imprescindible acudir a la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional sobre la ordenación de este singular tipo de sociedades, de la que ofrece una visión sintética y gran utilidad la Sentencia 291/2005, de 10 de noviembre (Ar. RTC, 2005,291). A la vista de su contenido cabe afirmar que el Tribunal Constitucional ha entendido que la referencia a la legislación mercantil efectuada en las normas estatutarias autonómicas ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar tal legislación “*en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles*”, dado que si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse únicamente de mercantil, ello conduciría a vaciar de contenido la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas -STC 72/1983, de 29 de julio, Fundamento Jurídico 3º-. Ha señalado igualmente el Alto Tribunal que la competencia autonómica puede afectar únicamente a las relaciones de carácter cooperativo de aquellas entidades cooperativas cuyo ámbito territorial esté incluido en el de la Comunidad Autónoma, entendiendo por funciones típicas de

éstas las que “*se reflejan en las relaciones de las cooperativas con sus socios*”, es decir las “*relaciones societarias internas*”, con independencia de que la cooperativa como persona jurídica pueda establecer relaciones jurídicas externas con terceros, que en cualquier caso no podrían encuadrarse dentro de las “*funciones típicas*” de las mismas y que tienen un valor instrumental y necesario para la consecución del fin social -Sentencia 72/1983, de 29 de julio, Fundamento Jurídico 4º-. En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta la Sentencia 44/1984, de 27 de marzo, en la cual se fija como límite a la competencia de las Comunidades Autónomas la consideración de que “*en todo caso corresponderían al Estado las competencias relativas al registro de aquéllas cooperativas cuyo ámbito de actuación rebase los límites territoriales de la Comunidad Autónoma*”, por cuanto “*la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma abarca las cooperativas de ámbito provincial intracomunitario y las de ámbito supraprovincial pero no supracomunitario, dado que para las cooperativas de ámbito superior al de la Comunidad Autónoma la competencia correspondería al Estado*” -Fundamento Jurídico 3º-. Y en esta misma línea puede citarse la Sentencia 165/1985, de 5 de diciembre, en la cual el Tribunal Constitucional ha precisado en relación con dicha entidades cooperativas que su dimensión territorial “*no afecta a las relaciones jurídicas que establezcan con terceros fuera del territorio de la Comunidad ni a las actividades que realicen con ellos, siempre que tengan carácter instrumental*”, del mismo modo que “*no afecta a la competencia comunitaria que la actividad realizada en el ámbito de la Comunidad produzca consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional*” -Fundamento Jurídico 3º-.

En materia de cooperativas ha de hacerse mención también a la influencia de otros títulos competenciales exclusivos del Estado, referidos a la regulación de ciertos aspectos abordados por la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, y en los cuales no podría incidir la Comunidad Autónoma, a cuyo efecto cabe hacer mención a las competencias estatales concernientes a la legislación mercantil, procesal, laboral y civil previstas en el artículo 149.1. reglas 6ª, 7ª y 8ª de la Constitución, que se proyectan sobre diversos aspectos del funcionamiento de las cooperativas, tales como su régimen de registro y publicidad, situaciones concursales o régimen de la transformación societaria, entre otros.

Conviene asimismo, dentro de esta exposición del marco legal definitorio del ámbito material objeto de regulación, incluir una mención a los últimos cambios operados en la regulación estatal de índole mercantil, en su vertiente contable, que han sobrevenido como consecuencia del proceso de implantación y adaptación de nuestro país a las “*Normas Internacionales de Contabilidad*” (NIC) plasmadas en el Reglamento (CE) 1606/2002, de 19 de julio de 2002, del Parlamento Europeo y del Con-

sejo, que constituyen el fundamento principal de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, a través de la cual -disposición adicional cuarta- se han introducido varias modificaciones en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que afectan a las notas caracterizadoras de su capital social y a sus regímenes remuneratorio y de reembolso. Dicha Ley ha dado lugar, a su vez, a la aprobación de un nuevo Plan General de Contabilidad, mediante el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, donde se contienen determinaciones específicas aplicables a las sociedades cooperativas, como las contempladas en el Real Decreto 2003/2009, de 23 de diciembre, modificativo del citado Plan General de Contabilidad.

Por último, resulta también adecuado hacer una referencia a la regulación comunitaria existente en materia de cooperativas, plasmada en el Reglamento 2003/1435/CE, de 22 de julio, del Consejo, por el que ha sido aprobado el denominado Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), donde se define el estatus jurídico de las sociedades cooperativas que quieran constituirse con implantación territorial europea, toda vez que su contenido puede servir como referente primordial para la determinación de los elementos caracterizadores y los principios básicos de actuación de esta singular figura societaria.

IV

Observaciones de carácter esencial.- Pasando ya el examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, procede primeramente efectuar las siguientes observaciones de mayor entidad, a las que ha de atribuirse carácter esencial.

Valga como introducción común a varias de ellas, la indicación de que el texto del anteproyecto está salpicado de disposiciones que constituyen incursiones innecesarias e improcedentes en ámbitos de regulación reservados al Estado por virtud de sus competencias exclusivas en materia de legislación civil, procesal, mercantil o de otra índole, y sobre cuya advertencia cabe señalar que algunas de las objeciones de esta naturaleza que se efectúan ya tuvieron ocasión de ser formuladas con motivo del dictamen de este Consejo 92/2002, de 5 de julio, relativo al anteproyecto de Ley de Cooperativas hoy en vigor, donde existen algunos preceptos idénticos o de gran similitud a los que seguidamente van a examinarse.

Así, como ya se dijo en dicho dictamen 92/2002, *“la declaración como exclusivas de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de cooperativas, no supone que la regulación posible por aquellas no deba tener en cuenta tanto la competencia estatal en la misma materia (cooperativas cuya actividad principal exceda el ámbito de una Comunidad Autónoma) como los restantes títulos competenciales de competencia exclusiva del Estado que pueden incidir tanto en la actividad de las cooperativas en relación a terceros (derecho civil o mercantil) como en relación a los propios socios (derecho laboral o procesal)”*.

En el análisis del texto del anteproyecto de Ley se observa que, al igual que entonces, en el mismo se siguen regulando materias sobre las que esta Comunidad Autónoma carece de competencias. Debe advertirse además, y a ello se dirigen las siguientes observaciones de la presente Consideración, que, en ocasiones, la copia, más o menos afortunada, de preceptos de la legislación estatal, desborda las posibilidades que la competencia autonómica de normación permite a la Comunidad Autónoma, por lo que resulta obligado primero analizar esos preceptos para luego plantearse cuál ha de ser el tratamiento a adoptar sobre aquellas provisiones del anteproyecto que constituyen una modificación o una reproducción de preceptos estatales.

Así, pasando al examen de los preceptos del anteproyecto que se estiman ajenos a la competencia autonómica y en consecuencia podrían resultar contrarios al bloque de constitucionalidad, pueden señalarse los siguientes:

1.- Artículo 28, apartado 6: En cuanto establece el plazo de impugnación judicial de las resoluciones de los recursos interpuestos ante el Comité de Recursos o la Asamblea General. En igual sentido los **artículos 26.4 y 27.4.**

2.- Artículo 36, apartado 3: Cuando establece el tipo de procedimiento de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil al que pueden acudir los socios en caso de negativa de los órganos de Administración para facilitar la información solicitada. En todo caso, debe suprimirse la referencia al artículo 2166 de la LEC, por ser errónea, indicando en su caso el artículo correcto.

3.- Artículo 45: Por la incompetencia de la Comunidad Autónoma para establecer las funciones que habrá de llevar a cabo el juez a la hora de convocar la Asamblea General.

Deberían incluirse, en su caso, las oportunas remisiones al artículo 23 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

4.-Artículo 54, apartados 3, 7 y 8: En cuanto establece el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales y los efectos de las sentencias respecto a terceros.

Podría admitirse su inclusión siempre que se haga constar su carácter de remisión formal, procurando, si se reproduce su contenido, que éste sea lo más fiel posible al precepto correspondiente de la Ley estatal.

5.- El artículo 75.2, relativo al tratamiento de las operaciones de reducción del capital social, incluye una disposición sobre la incidencia del Balance de situación de la cooperativa, en la que se señala que éste, *“verificado por los auditores de cuentas que estén en el ejercicio de su cargo, con el informe de éstos que demuestre la solidez económica y financiera de la cooperativa, podrá ser considerado por el órgano judicial como garantía suficiente”*.

El inciso final de dicha norma, que contiene indicaciones relativas a la valoración judicial del referido documento contable, además de poco inteligible y carente de contenido preceptivo, constituye una difusa y prescindible intromisión en el ámbito de la ordenación de las actuaciones y decisiones judiciales que resulta impropio de la Comunidad Autónoma, por su evidente carencia de competencias en materia de legislación procesal.

6.- En el artículo 76.6 del anteproyecto se prevé sobre las aportaciones no dinerarias al capital social de la cooperativa hechas por los socios, que éstas *“no producen los efectos de cesión o traspaso, ni aun a los efectos previstos en la legislación sobre Arrendamientos Urbanos y Arrendamientos Rústicos, sino que la cooperativa es continuadora en la titularidad del derecho. Lo mismo se entiende respecto de nombres comerciales, marcas patentes y cualesquiera otros títulos y derechos que constituyan aportaciones al capital social”*.

El precepto mencionado, que viene a ser una mera reproducción de lo ya contemplado en el artículo 55.5 de la vigente Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, recogiendo, a su vez, lo determinado en el artículo 45.5 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, ya suscitó la formulación de un reparo de carácter esencial por parte de este Consejo en su dictamen 92/2002, de 5 de julio, objetándose al respecto que lo señalado en el mismo constituye una regla jurídica que incide en títulos competenciales exclusivos del Estado en materia de legislación civil y mercantil.

7.- El artículo 80.1, que trata de la actualización de las participaciones sociales, dispone que *“el balance de las cooperativas puede ser*

regularizado en los mismos términos y con idénticos beneficios previstos para las sociedades mercantiles, mediante acuerdo de la Asamblea General [...]”.

El precepto transcrito es de corte similar al localizado en el artículo 49.1 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, sobre las condiciones rectoras de la actualización de balances, en el que se confiere a estos supuestos *“los mismos beneficios que se establezcan para las sociedades de derecho común”*. Asimismo, viene a ser una mera reproducción del ya existente en el artículo 59.1 de la vigente Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, por lo cual ha de recordarse que ante su contenido el Consejo señaló en su dictamen 92/2002, de 5 de julio, como observación de carácter esencial, que *“si la expresión ‘con los mismos beneficios’ se refiere a beneficios fiscales que puedan existir sobre las plusvalías derivadas de la regularización de balances, se incide en normas fiscales estatales, excediendo la competencia de la Comunidad Autónoma”*.

8.- El artículo 83.2, dentro de la regulación de las diversas modalidades de financiación no integrantes del capital social con que puede contar la cooperativa, dispone sobre los bienes, servicios o pagos de los socios a la cooperativa en que se cifre la actividad cooperativizada, que éstos *“no integran, salvo disposición en contra de los estatutos sociales, el patrimonio de la cooperativa y, en tal medida no podrán ser objeto de embargo por los acreedores sociales”*.

Sobre dicha norma conviene recordar que este precepto es una mera reproducción de lo ya previsto en el artículo 62.3 de la vigente Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha y fue objeto de reparo esencial en el dictamen 92/2002, de 5 de julio, argumentándose como fundamento del mismo que *“la exclusión de la posibilidad de embargo de los acreedores sociales de los bienes entregados y de los pagos realizados por los socios [...] sólo podrá ser establecida por norma del Estado”*.

9.- Artículo 85.2.- Plazo de elaboración de las cuentas anuales.- La aplicabilidad a las sociedades cooperativas de la normativa estatal dictada en materia del contabilidad mercantil, contenida primordialmente en el Plan General de Contabilidad, cuya versión vigente ha sido aprobada por medio de los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, de 16 de noviembre, lleva a considerar que en algún caso el texto de la Ley se aparta significativamente de las determinaciones impuestas por dicha regulación.

Las peculiaridades de la normativa contable aplicable a las sociedades cooperativas se hallan recogidas en la Orden del Ministerio

de Economía ECO 3614/2003, de 16 de diciembre, reguladora de los aspectos contables de dichas entidades, que, como señala su artículo 2º, resulta de aplicación obligatoria a las cooperativas, constituyendo la regulación específica dictada por el Estado en adaptación de las normas del Plan General de Contabilidad -el vigente en ese momento era el del año 1990- a las peculiaridades de esta singular forma societaria, “*con independencia de donde desarrollen su actividad y de la normativa autonómica a que estén sometidas*”. El mantenimiento de la vigencia de esta Orden no ofrece dudas, a pesar de la entrada en vigor del nuevo Plan General de Contabilidad de 2007, pues, como señala este último en su disposición transitoria quinta: “*1. Con carácter general, las adaptaciones sectoriales y otras disposiciones de desarrollo en materia contable en vigor a la fecha de publicación de este Real Decreto seguirán aplicándose en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el Código de Comercio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, disposiciones específicas y en el presente Plan General de Contabilidad. [...]*”, precisándose en relación con la pervivencia de determinados criterios conceptuales sentados por la referida Orden que “*4. Los criterios por los que se establece la delimitación entre fondos propios y fondos ajenos en las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, aprobadas por Orden 3614/2003, de 16 de diciembre, podrán seguir aplicándose hasta 31 de diciembre de 2010.*” -el texto de este apartado 4 proviene de la reforma operada por medio del reciente Real Decreto 2003/2009, de 23 de diciembre-.

Partiendo de estas premisas, ha de observarse que el **artículo 85.2** del anteproyecto, relativo a la regulación del ejercicio económico, dispone que “*el órgano de administración elaborará, en el plazo máximo de cuatro meses, contados a partir del cierre del ejercicio económico, el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, la Memoria explicativa [...]*”. Sin embargo, este plazo de elaboración no se muestra acorde con el previsto con carácter general en el vigente Plan General de Contabilidad de 2007, en donde la Norma 2ª de su Parte Tercera, apartado I, establece: “*2ª. Formulación de cuentas anuales [] 1. Las cuentas anuales se elaborarán con una periodicidad de doce meses, salvo en los casos de constitución, modificación de la fecha de cierre del ejercicio social o disolución. [] 2. Las cuentas anuales deberán ser formuladas por el empresario o los administradores, quienes responderán de su veracidad, en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el cierre del ejercicio. A estos efectos, las cuentas anuales expresarán la fecha en que se hubieran formulado y deberán ser firmadas por el empresario, por todos los socios ilimitadamente responsables por las deudas sociales, o por todos los administradores de la sociedad; si faltara la firma de alguno de ellos, se hará expresa indicación de la causa, en cada uno de los documentos en que falte. [] 3. El balance, la cuenta de pérdidas*

y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria deberán estar identificados; indicándose de forma clara y en cada uno de dichos documentos su denominación, la empresa a que corresponden y el ejercicio al que se refieren. [...]”.

Por si hubiera alguna duda respecto a la aplicabilidad de estas previsiones a las sociedades cooperativas, ha de tenerse en cuenta que la citada Orden ministerial ECO 3614/2003, de 16 de diciembre, dentro del capítulo dedicado a las singularidades relativas a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, explicita en su Norma Octava, relativa al resultado del ejercicio: “[] 1. *Concepto.- El resultado del ejercicio económico de las sociedades cooperativas se determinará de acuerdo con los principios y normas de valoración contenidos en el Plan General de Contabilidad y estas Normas. [] 2. Cuenta de pérdidas y ganancias.- La cuenta de pérdidas y ganancias de las sociedades cooperativas se formulará de acuerdo con las normas de elaboración y estructura del Plan General de Contabilidad, sin perjuicio de las reglas específicas establecidas en las presentes Normas”.*

En consecuencia, estima el Consejo que el sometimiento de las sociedades cooperativas a las reglas contables establecidas por el Estado en materia de contabilidad mercantil, a las que se ha hecho alusión anteriormente, hacen improcedente incluir en la regulación autonómica de dichas entidades un plazo de elaboración de las cuentas anuales que no concuerde con el señalado en cada momento por la normativa estatal, que en la actualidad se encuentra fijado en 3 meses, sin que exista razón alguna para considerar que la regla expresiva del plazo de elaboración de las citadas cuentas no forme parte de las normas de elaboración a las que hace referencia la citada Orden ECO 3614/2003, en su Norma Octava, sino todo lo contrario, dada la proyección común que tiene el Plan General de Contabilidad de 2007, expresada en su artículo 2, al señalar que el mismo es de aplicación obligatoria *“a todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria”.*

10.- En los **artículos 99.2 y 100.1**, que tratan de aquellas transformaciones societarias en virtud de las cuales sociedades civiles y mercantiles o asociaciones se conviertan en cooperativas, o a la inversa, establecen para ambos tipos de metamorfosis que *“no afectarán a la personalidad jurídica de la sociedad transformada”.*

Es cierto que, tanto en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas -en su artículo 69.1-, como en los artículos 79.2 y 80.1 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, vigente en la actualidad, existen ya disposiciones análogas a

lo examinado, procediendo recordar de nuevo que este Consejo, en su tan citado dictamen 92/2002, de 5 de julio, formuló reparo esencial a este tipo de disposiciones, argumentando que la determinación de la incidencia que estas transformaciones societarias pueda tener sobre la personalidad jurídica de las entidades implicadas es cuestión que corresponde establecer a la normativa estatal reguladora de las sociedades civiles y mercantiles.

11.- En el **artículo 100.2 h)** se incluye, dentro del listado de requisitos que han de observarse en los procesos de transformación de las cooperativas en otro tipo de sociedades o entidades, que, *“inscrita la transformación, el Registrador Mercantil lo comunicará de oficio al Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha, que procederá a la inmediata cancelación de los asientos relativos a la sociedad”*.

De tal modo, aunque el precepto transcrito -que constituye una reproducción fiel del actual artículo 80.2.h) de la vigente Ley 20/2002, de 14 de noviembre-, viene a corresponderse con lo previsto en el artículo 218.4 del Reglamento del Registro Mercantil -Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio-, ello no empece para que deba formularse igual reparo al expresado en el dictamen 92/2002, de 5 de julio, reiterando que resulta improcedente, en cuanto ajeno a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incluir determinaciones sobre el modo de actuar de los Registros Mercantil y de la Propiedad, ya que su regulación es competencia exclusiva del Estado.

12.- En el **artículo 114.3**, relativo al proceso de liquidación de la sociedad cooperativa, se prevé que, *“transcurrido un mes desde la disolución, sin que se hubiese efectuado el nombramiento de liquidadores, el órgano de administración o cualquier socio, en su caso, podrá solicitar del órgano judicial competente su designación que podrá recaer en personas no socias, efectuándose el nombramiento en el plazo de un mes”*.

También en este caso, el contenido del precepto examinado viene a coincidir con lo señalado en los artículos 71.3 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y 94.3 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, por lo que cabe objetar al mismo que el señalamiento de plazo que en él se contiene, aparentemente dirigido al órgano judicial competente, para que se formule en un mes el nombramiento de los liquidadores de la sociedad resulta impropio de los títulos competenciales a disposición de la Comunidad Autónoma, ya que se trata de una cuestión de índole procesal.

13.- El artículo 115, concerniente al desempeño de la función de intervención en el proceso de liquidación de la sociedad cooperativa, prevé, al igual que el vigente artículo 95 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, que *“Los socios ordinarios, así como los colaboradores, que representen el diez por ciento del conjunto, podrán solicitar del Juez o la Jueza de Primera Instancia la designación de uno o varios Interventores que fiscalicen las operaciones de la liquidación”*.

Pues bien, sobre la concreta atribución de competencias a un determinado órgano judicial que el artículo reproducido contiene, debe indicarse que, aunque el precepto referido resulte coincidente con lo previsto en el artículo 72 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, -lo que sí está al alcance del legislador estatal-, debe formularse, no obstante, el mismo reparo hecho por el Consejo a otras normas similares en su dictamen 92/2002, de 5 de julio, a las que se objetó que *“la norma propuesta realiza una atribución de funciones a un órgano judicial, el Juzgado de Primera Instancia, materia exclusiva del Estado”*, lo cual resulta impropio de la regulación autonómica, por constituir este tipo de determinaciones preceptos procesales de exclusiva competencia estatal.

14.- Artículo 127. Cuestiones competenciales.- El artículo 149.1.6^a de la Constitución, atribuye al Estado competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, y aunque en este precepto se incluya el inciso *“sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”*, en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no se encuentra recogida esta competencia a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el procedimiento administrativo, competencia reconocida en el artículo 31.1.28^a. En consecuencia, el apartado 1 del artículo 127, en el que se dispone qué órganos jurisdiccionales son competentes para conocer de las cuestiones litigiosas entre la cooperativa y sus socios, contiene un exceso legislativo que no resulta justificado por la mejor inteligencia de la norma, dado que esta es una cuestión que se encuentra regulada en las normas estatales sobre atribución de competencia, pudiéndose citar a tal efecto lo que se dispone en el artículo 2.ñ) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en el que se dice que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan *“Entre las sociedades cooperativas de trabajo asociado o anónimas laborales y sus socios trabajadores, por su condición de tales”*.

El apartado 2 de este artículo cabe calificarlo de meramente interpretativo, pues no establece una normación específica de una materia, sino que en su primer párrafo califica lo que a efectos de cuestiones

contenciosas ha de entenderse que se incluyen en la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y sus socios trabajadores, y en el segundo establece cuál es la jerarquía normativa a tener en cuenta para resolver las cuestiones contenciosas que puedan presentarse.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado varias veces sobre la constitucionalidad de las normas interpretativas, habiendo dicho en su Sentencia 247/2007 (RTC 2007,247), de 12 de diciembre, que *“el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles que deba atribuirse a un determinado concepto [...] lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución”*, que es lo que de alguna forma se realiza con la redacción del primer párrafo del artículo 127.2.

Igualmente resulta contrario a la doctrina constitucional el segundo párrafo del citado artículo 127.2 en el que se establece el sistema de fuentes para resolver las cuestiones litigiosas. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre (Ar. RTC 1989,214) ya dijo que *“El orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido en el bloque de la constitucionalidad, si que uno de los elementos de esta realidad compuesta, en este caso el legislador estatal, pueda imponer a los demás, como única interpretación posible, la que él mismo hace”*. Es decir, la función de decidir las normas que resultan de aplicación en las cuestiones contenciosas que se puedan plantear corresponde al juez o tribunal competente para decidir sobre la cuestión planteada, teniendo como parámetro el ordenamiento jurídico que en cada caso sea de aplicación, sin que el legislador, en este caso autonómico, le pueda imponer una determinada interpretación del sistema de prelación de fuentes.

Como colofón al conjunto de observaciones expuestas en la presente consideración, cabe señalar que la supresión de los preceptos anteriormente analizados no supondría un vacío normativo en la Comunidad Autónoma, puesto que existen normas estatales directamente aplicables a las que el operador jurídico acudirá -Ley Orgánica del Poder Judicial y legislación procesal, Códigos Civil y Mercantil, normativa contable, legislación hipotecaria o legislación fiscal- cuando se produzcan los supuestos de hecho que en el anteproyecto se pretenden regular. De tal modo, como recomendación de síntesis predicable a todas aquellas objeciones basadas en la improcedencia de insertar en la normativa autonómica preceptos de contenido civil, mercantil, procesal, laboral, fiscal

o de otra índole que, resultando ajenos a los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma, han sido tomados de disposiciones estatales, cabe proponer el uso de distintas técnicas, tales como su eliminación del cuerpo de la Ley, su sustitución por remisiones genéricas a lo previsto en la normativa estatal o bien su mantenimiento, de modo excepcional, conforme a la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 47/2004, de 29 de marzo (Ar. RTC 2004,47), cuando ello se entienda indispensable para favorecer el claro entendimiento de la norma, dotándola de sentido o inteligibilidad, pero haciendo declaración, en ese caso, de que la regla incorporada a la legislación autonómica es conforme con el concreto precepto estatal del que provenga dicha regulación.

En esta última línea, se estima más adecuado, desde el punto de vista de la técnica normativa, seguir una fórmula similar a la adoptada por la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Cooperativas de Murcia, insertándose una disposición final que identifique con claridad aquellos preceptos de la Ley que se incluyen en la misma como mera reproducción de normas estatales, para clarificar así su supeditación a las variaciones que puedan operarse en el ordenamiento de origen. De tal modo, cabría tomar como referente el contenido de la disposición adicional 5ª de dicha Ley 8/2006, de 16 de noviembre, donde se ha optado por introducir una relación de los preceptos insertados en la misma de naturaleza civil, mercantil, procesal, concursal o de otros órdenes de competencia estatal, clarificando que: *“Los artículos 12, 27.4, 32.3, 40.2 párrafos 1 y 3, 40.3 párrafo 2, 47, 53, 64.6, 90, 94.1, 95.2, 97.3, 99.6, 99.11, 100.3, 101.2, 109.2, 115.3, 119.3, 119.6, 137.12 y disposición transitoria segunda, se incorporan a la presente Ley con el carácter de mera reproducción o de remisión formal a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y demás legislación estatal dictada en materia civil, mercantil, laboral y de Seguridad Social, concursal, procesal y de ordenación de registros e instrumentos públicos directamente aplicable a las sociedades cooperativas de competencia autonómica”*.

V

Observaciones no esenciales.- Por último, procede efectuar otras varias advertencias o recomendaciones, desprovistas de carácter esencial, atinentes a aspectos de técnica o sistemática normativa, relativas a cuestiones conceptuales o a simples extremos de redacción suscitadas por el texto del anteproyecto, cuya atención incidiría en beneficio de la calidad técnica de la disposición:

A) De carácter general.-

1.- El empleo de remisiones normativas.

Son múltiples los artículos del anteproyecto que efectúan remisiones a otros artículos del mismo, técnica ésta que ya ha sido objeto en muchas ocasiones de atención por parte del Consejo Consultivo, señalando al respecto que si bien utilizadas con prudencia las remisiones normativas, pueden facilitar la comprensión de determinados preceptos, traspasado un cierto umbral, no fácil de fijar en abstracto, el exceso en el empleo de remisiones puede dificultar y hasta impedir una normal intelección de la Ley.

Se sugiere, por ello, al órgano consultante, que el uso de remisiones normativas se reduzca hasta la estrictamente indispensable, y se aconseja que la remisión, cuando resulte inevitable, no se haga simplemente a un número determinado de un artículo, sino que éste venga acompañado de una mención conceptual que facilite la comprensión del precepto.

A título de ejemplo, se señalan, entre otros, los artículos 9.3 o 31.1.

2. La ordenación interna de la norma y los títulos empleados en la misma.

El anteproyecto opta acertadamente por incluir una determinada titulación, tanto en sus divisiones internas (Títulos, Capítulos y Secciones), como en cada uno de los artículos que lo componen, siguiendo con ello una técnica normativa reiteradamente aconsejada por este Consejo Consultivo, en tanto que constituye un eficaz instrumento para la interpretación y aplicación de los textos normativos por sus destinatarios. Se sugiere en este sentido, la revisión de los siguientes títulos empleados en el anteproyecto:

-En el artículo 22 debería cambiarse el título por uno más acorde con el contenido, ya que no se establece clasificación alguna.

-En la Sección 3ª del Capítulo, la Subsección 1ª debería abreviarse el título dejándolo en “*Disposiciones comunes*”.

-En el título del artículo 72 sería conveniente suprimir la referencia a los interventores.

3. La redacción empleada en determinados preceptos y el uso de conceptos jurídicos indeterminados.

Son varios los artículos del anteproyecto que incorporan en su regulación el empleo de conceptos jurídicos indeterminados los cuales lejos de ayudar a concretar el sentido del precepto, lo que logran es complicar su normal intelección, entorpeciendo de este modo la labor del aplicador del derecho que ha de acudir a criterios subjetivos para extraer las consecuencias jurídicas que se puedan derivar, en cada caso concreto, del incumplimiento de lo estipulado en la Ley.

A estos efectos se sugiere o bien suprimir o bien sustituir por otros términos más concretos los que se emplean en preceptos del anteproyecto tales como en el artículo 32, apartado 2.e), el término “*especulativas*”.

Se observa igualmente la inclusión en determinados artículos de términos o expresiones que nada añaden al significado del precepto, complicando en algunas ocasiones una redacción que ya de por sí presenta dificultades para el destinatario común de la norma dada la especialización de la materia. En este sentido se propone la supresión de expresiones como la del artículo 44, apartado 3, “*de forma espontánea o mediante convocatoria no formal*” o el término “*correspondientes*” que precede a “*Unidad del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha*” en el artículo 10, “*en principio*” en el artículo 57.4 párrafo segundo o en el artículo 62.1, la expresión “*entendido como interés de la sociedad*” ya que es una aclaración innecesaria.

Por otro lado, se comprueba cómo a lo largo del anteproyecto se usan indistintamente en mayúscula y minúscula el mismo término o expresión, por lo que debería unificarse la utilización de una u otra forma. Sirven de ejemplo, entre otros los artículos 40 y 41 donde *asamblea* general y *órgano* administrativo se utilizan indistintamente unas veces en mayúscula y otras no; artículos 44 y 45 donde sucede lo mismo con “*Asamblea General Ordinaria*” o artículo 53 al regular la “*Asamblea General de Delegados y Delegadas*”. Lo mismo cabría decir de “*ley*”, donde también se usan ambas formas, si bien en las múltiples referencias que se hacen a la propia ley de cooperativas o a otras leyes concretas debe utilizarse este vocablo con mayúscula.

4. Lenguaje no sexista.-

Aprecia el Consejo el esfuerzo realizado en la redacción de la norma a la hora de utilizar un lenguaje no sexista, si bien no por ello puede

dejar de advertirse que el resultado final no ha sido del todo uniforme, dándose el caso de que, en algunos artículos conviven género masculino y femenino del mismo término, mientras que a otros no se les ha aplicado esta técnica. Se recomienda por ello un repaso general del texto a fin de utilizar un criterio lo más homogéneo posible en la redacción del articulado.

5.- Tipología y denominación de los órganos de administración.-

En la Sección 3ª del Capítulo V del Título I del anteproyecto -artículos 55 al 73-, al regular los órganos de administración de la sociedad cooperativa, se ha optado como novedad por ofrecer un amplio abanico de posibilidades que se aparta de las pautas establecidas en la regulación actual, donde dicho cometido administrativo se atribuye necesariamente al Consejo Rector. De tal modo, en el artículo 55.1 del anteproyecto se posibilita la elección de una determinada forma de administración, de entre cuatro alternativas distintas -epígrafes del a) al d)-, siendo la última de las citadas la constitución de un Consejo Rector.

Sin embargo, en el cuerpo del articulado se han seguido manteniendo numerosas referencias al citado “*Consejo Rector*”, en términos que sugieren que ésta seguiría siendo la única fórmula organizativa que podría adoptar el órgano de administración, cabiendo poner como ejemplos de ello las alusiones a dicho órgano colegiado conservadas en los artículos 57.8, 78.1, 98, 100.3 o 112.5.

6.- Innovaciones terminológicas.-

El influjo de la normativa estatal dictada para las sociedades cooperativas en materia contable, a la que ya se ha hecho alusión anteriormente, pone de manifiesto que el texto proyectado ha optado por introducir innovaciones de tipo terminológico que suponen una dejación -aparentemente innecesaria- de la nomenclatura contable que es aplicable a las Cooperativas por virtud de dicha regulación estatal, de lo que cabe poner varios ejemplos.

En el artículo 74.1 del anteproyecto -y en muchos otros- se establece que el capital social de la cooperativa se dividirá en “*participaciones sociales cooperativas*”, que podrán tener carácter obligatorio o voluntario, así como por las participaciones especiales previstas en el artículo 84 del mismo. Sin embargo, tanto el texto de la vigente Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha -artículo 55-, como el de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas -ar-

título 45.1- vienen denominando “*aportaciones*” a las entregas de dinero, bienes o derechos que conforman el capital social de la cooperativa, siendo dicho término el que resulta coherente con las reglas contables de aplicación, toda vez que la citada Orden ECO 3614/2003, en su Norma Segunda, relaciona las cuentas en las que deben reflejarse las operaciones relativas a los movimientos del capital social, incluyendo entre ellas la cuenta 1000 -*capital social: aportaciones obligatorias*- o la 1001 -*capital social: aportaciones voluntarias*”. De tal modo, aunque la obligatoriedad de la nomenclatura contable efectuada en dicha Orden ha de entenderse relativizada por la desvinculación que en ese aspecto permite el artículo 2, párrafo segundo, del vigente Plan General de Contabilidad, el cambio de denominación pretendido por el anteproyecto implica un apartamiento de la terminología impuesta por las reglas de contabilidad establecidas por el Estado en ejercicio de su competencia en materia de regulación mercantil, que en nada ayuda a una adecuada diferenciación contable entre las diversas modalidades de aportaciones y participaciones societarias que gozan de denominación y uso consolidados.

De otro lado, aunque en la regulación comunitaria de las sociedades cooperativas europeas efectuada por el Reglamento 2003/1435/CE, de 22 de julio, se utiliza el mismo término generalista adoptado por el anteproyecto -“*participaciones*”-, estima el Consejo que, el mantenimiento de la actual diferenciación entre aportaciones y participaciones no sólo puede ser de utilidad para procurar la mejor compatibilidad de la normativa autonómica con la regulación contable aprobada por el Estado, sino para diferenciar con mayor nitidez las distintas clases de entregas de fondos que la Cooperativa puede recibir, unas veces como genuinas aportaciones de capital -mínimo o adicional- y otras veces como participaciones, que pueden adoptar, a su vez, las diferentes modalidades previstas en las Normas Quinta y Séptima de la citada Orden ECO 3614/2003, de 16 de diciembre, constituyendo en el primer caso, fondos propios, y en el segundo, fondos ajenos, según las reglas de clasificación todavía vigentes.

Además, ha de advertirse que para acrecentar la confusión, el texto del anteproyecto no ha sido enteramente depurado del uso de la actual terminología, manteniéndose referencias a las citadas “*aportaciones*” de capital en varios artículos del mismo, tales como el 75.2 o el 102.1.b).

Similares objeciones pueden formularse a los preceptos que introducen novedades terminológicas concernientes a las llamadas “*primas de ingreso*”, localizados en los artículos 74.3 o 90.2.c), que en la

Ley autonómica vigente y en la Ley estatal de Cooperativas reciben la denominación de “*cuotas de ingreso*”, y con esa misma denominación son citadas en la Norma Tercera, apartado 1.a) de la citada Orden ECO 3614/2003, de 16 de diciembre. También en este caso, el anteproyecto conserva algún artículo en el que sigue hablándose de “*cuotas de ingreso*”, como el artículo 31.2.

B) De carácter específico:

- **Exposición de Motivos:** Se propone abreviar la parte de la Exposición de Motivos dedicada a la descripción del contenido de la Ley, que debería limitarse a resaltar los aspectos más fundamentales o novedosos de la misma.

Sería conveniente también indicar en el párrafo segundo el marco normativo nacional y comunitario que ha experimentado los cambios.

Por último, se debe suprimir la expresión “*de progreso*” que se recoge en el párrafo séptimo, ya que no es más que una declaración innecesaria.

- **Artículo 7:** No parece correcta la ubicación de los dos primeros apartados de este artículo, ya que es en el Capítulo VI, “*Régimen Económico*”, donde se regulan estas cuestiones. De optar por el cambio de ubicación, este artículo debería titularse “*Responsabilidad*”, debiendo además suprimir la referencia que se hace a este artículo en la Exposición de Motivos.

Plantea dudas la interpretación que ha de darse a la previsión que contiene el apartado 4 relativa a “*la responsabilidad ilimitada de los socios derivada del cumplimiento de obligaciones contraídas por su participación en la actividad cooperativizada, salvo en el supuesto de imputación máxima de pérdidas*”, por lo que se aconseja mejorar la redacción.

- **Artículo 10:** El último párrafo que establece que “*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”, no parece que esté correctamente ubicado, ya que lo que se está regulando en este artículo es la personalidad jurídica de la cooperativa.

- **Artículo 13:** A fin de evitar una posible extralimitación competencial, en el apartado 2, letra a), podría utilizarse una fórmula más genérica del tipo “*Relación de otorgantes y datos para su identificación*”.

- **Artículo 14 apartado 2:** Regula este precepto la posibilidad de

que los promotores o fundadores de la cooperativa puedan, con carácter previo a la elevación de la escritura de constitución, solicitar del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha la calificación previa del proyecto de Estatutos. A efectos de completar el sentido que tiene tal calificación previa del proyecto de Estatutos, deberían ser objeto de regulación aspectos tales como los efectos que se derivarían de la resolución de tal calificación, o de su no resolución en plazo, y si tal calificación es o no vinculante para el Registro de Cooperativas o bien remitir al desarrollo reglamentario.

Además, respecto al plazo para resolver, se establece que no podrá exceder de 30 días naturales, en tanto que el Reglamento vigente indica que será de treinta días, por lo que han de entenderse hábiles, produciéndose una contradicción entre ambas disposiciones.

- **Artículo 16, apartado 2:** Debería, por razones de coherencia, redactarse este apartado en términos similares a los que figuran en los artículos 34 y 35 del Decreto 178/2005, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha, concretando así aspectos como el plazo, el sentido del silencio o el órgano ante el que cabe recurso.

- **Artículo 18:** En el apartado 1.a) establece que *“la Unidad Regional del Registro será competente respecto de la expedición de las certificaciones sobre la denominación social de la cooperativa”*, cuando parece que el lugar idóneo para recoger esta competencia sería el apartado 2, que es donde se establecen funciones específicas.

En el citado apartado 2 se enumera como una de las funciones la de *“dictar instrucciones y resolver consultas”*, y sin embargo la misma no se recoge en el artículo 17.2, donde por razones de sistemática debiera aparecer.

- **Artículo 22, apartado 1:** Debería indicarse, por razones de coherencia con lo establecido en el Título II, que podrán ostentar la cualidad de socio tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas, así como también las comunidades de bienes, *“salvo que por la clase de cooperativa de que se trate no se admita alguna de ellas”*, o salvo *“que en función de la actividad cooperativiza no se admita alguna de ellas”*.

- **Artículo 26 apartados 1 y 2:** Según se establece en los párrafos segundo y tercero del apartado 1º *“La solicitud de admisión se formulará por escrito al órgano de administración de la cooperativa, que resolverá en un plazo no superior a dos meses, a contar desde el recibo de aquella, y dando*

publicidad interna del acuerdo en la forma que reglamentariamente se establezca. Dentro del citado plazo, el órgano de administración comunicará por escrito su resolución [...]”.

Por su parte, el apartado 2º prevé la posibilidad de que los socios puedan impugnar el acuerdo denegatorio de admisión, computándose el plazo de veinte días desde el día de la recepción de la notificación.

De la lectura conjunta de ambos apartados, surgen numerosas dudas que habrán de resolverse, cambiando para ello la redacción actual. En primer lugar habrá que aclarar si la comunicación por escrito de la resolución que efectúa el órgano de administración, se hace sólo al solicitante o también a los socios, ya que de optar por la primera posibilidad -sólo comunicar al solicitante- no cabe mantener la redacción actual del apartado 2º que computa el plazo de veinte días para que los socios puedan impugnar desde el día de recepción de la notificación, ya que podría darse el caso de que los socios no conozcan este dato, lo que aconseja que para aquellos, el plazo comience a contarse desde el día de la publicación interna que se haga del acuerdo.

Por otro lado, tal como se ha señalado, el plazo comienza a computarse desde el día de la notificación, lo cual claramente contradice el principio general de derecho “*dies a quo non computatur in termino*” (el cómputo del plazo no incluye nunca el *dies a quo*), por lo que se propone modificar la redacción actual del apartado 2 y de todos aquellos preceptos que estén redactados de forma similar para que el plazo comience a computarse desde el día siguiente.

- **Artículo 28, apartado 6:** Llama la atención el hecho de que en el párrafo primero se permita al socio recurrir la calificación o efectos de su baja voluntaria directamente ante la jurisdicción competente, en lugar de presentar previamente recurso ante el Comité de recursos o la Asamblea general, lo cual además supone una excepción al régimen de impugnaciones previsto en otros artículos, donde primero se interpone ante estos últimos órganos.

- **Artículo 30:** Tradicionalmente, entre los principios generales que informan la constitución y el funcionamiento de las cooperativas se han incluido el de libre adhesión y baja voluntaria, de ahí que sorprenda la inclusión en el anteproyecto de un precepto como el analizado que prohíbe el derecho de baja voluntaria, que desnaturalizaría los citados principios y podría perjudicar gravemente a socios que, una vez aprobada la prohibición, y encontrándose inmersos en alguna de las causas previstas en el artículo 28.5, no podrían ejercer su derecho de baja voluntaria por estar prohibido.

- **Artículo 31, apartado 3:** La regulación contenida en los dos últimos párrafos de este apartado sólo es aplicable a aquellas cooperativas cuyos socios tienen prohibido el derecho a la baja voluntaria, cuestionándose si no sería conveniente que se incluyeran en un apartado independiente, ya que en principio parece que sería posible que algunos estatutos sociales, que no prohibiesen el derecho de baja voluntaria, sí exigieran la autorización previa para poder transmitir las participaciones sociales.

Por otro lado, de la lectura del artículo 30, apartado 1, se deduce que los socios que se vean privados de su derecho de baja voluntaria siempre ostentarán el derecho a transmitir sus participaciones sociales, previsión que podría verse limitada si, tal y como establece el artículo 31, se exige la autorización previa de la cooperativa.

Además, de la redacción dada al último párrafo, surge la duda de si se exige la mayoría de dos tercios para acordar la libre transmisibilidad de la condición de socio y la existencia de títulos valores, o por el contrario se exige para acordar la necesidad o no de la autorización previa de la cooperativa como condición imprescindible de la transmisión de las participaciones sociales, y en su caso la condición de socio.

Por último respecto a la previsión que contiene este artículo referente a la posible existencia de títulos no nominativos y títulos valores, nos remitimos a la consideración que se realiza respecto del artículo 74.

- **Artículo 32, apartado 2 a):** En aras del principio de seguridad jurídica debería concretarse qué cabe entender por “*fraude en las aportaciones*”.

Tampoco se entiende el cambio producido en esta figura que ha pasado a denominarse exclusión, en lugar de expulsión, término este que es el manejado por otras normas.

- **Artículo 33, apartado e):** Debería aclararse el sentido de la obligación negativa que impone dicho apartado a los socios, sustituyéndose el término colaborar por otro más preciso en su significado.

- **Artículo 37, apartado 3:** No queda clara la relación de este apartado con el resto del artículo.

- **Artículo 38, c):** De la lectura del último párrafo parece que el cómputo del mes para recurrir ante la jurisdicción competente comienza

desde la inadmisión de la impugnación o desde la notificación, planteándose la duda de cómo puede conocer el socio que su impugnación no ha sido admitida si no es a través de la notificación.

- **Artículo 43, apartado 3:** Se regula en este precepto la competencia de la Asamblea General para decidir sobre determinados recursos interpuestos por los socios, regulación que no sólo sería reiterativa por aparecer en otros artículos, sino además incompleta, porque se omiten algunos tipos de impugnaciones como la que se puede presentar ante la negativa a suministrar información.

- **Artículo 45, apartado 1:** Establece a quien corresponde convocar la Asamblea General, disponiendo que “*será convocada dentro del plazo indicado en el apartado segundo del artículo anterior, o cualquier otro que se dispusiere en los estatutos*”. Una lectura conjunta del precepto en cuestión con la previsión que contiene el artículo 44.2 del anteproyecto, permite deducir que la convocatoria debe hacerse dentro de los citados 6 meses, ya que en caso contrario no se cumpliría lo indicado en este último artículo.

Se propone por tanto que se mejore la redacción del precepto para evitar que surjan dudas en su interpretación.

- **Artículo 49, apartado 5:** La referencia que se hace al socio a prueba ha de entenderse que se refiere al socio de trabajo durante su periodo de prueba, pues en caso contrario debería aclararse la redacción.

- **Artículo 52, apartados 1, 2 y 4:** En primer lugar, deberían unificarse las referencias que se hacen a la firma del acta, que con carácter general corresponde a las personas que desempeñan los cargos de Presidente y Secretario. Es más, incluso en el apartado 2, es innecesario reiterar quien firma, salvo que esta mención se refiera no al acta sino al Anexo que ha de acompañarla.

Debería mejorarse la redacción del apartado 4 ya que surgen dudas interpretativas respecto de la expresión “*con los requisitos exigibles para el ejercicio de su cargo*”.

- **Artículo 61, apartados 1, 2, 5 y 6 :** En el apartado 1, párrafo primero, sólo se hace referencia a la duración del cargo de administrador, entendiéndose que también se debería citar a los Consejeros ya que el precepto se encuentra ubicado en la Subsección 1ª que regula disposiciones generales. Lo mismo cabría decir del apartado 6.

En el mismo apartado 1, en su párrafo segundo, se indica que “*agotado el plazo de duración antedicho, la persona afectada deberá seguir ocupando el cargo hasta que se haya celebrado Asamblea General o hubiera transcurrido el plazo para la celebración de la Asamblea*”, planteándose la duda de si no se sería más conveniente indicar que continuará ostentando el cargo hasta el momento en que se produzca la renovación y aceptación de la persona que le sustituya.

Por último, llama poderosamente la atención que si la destitución de los miembros del órgano de administración no figura incluida en el orden del día, sea suficiente que el acuerdo se adopte por mayoría simple de votos presentes o representados, y no se exija una mayoría cualificada, ya que esto podría dar lugar a que socios que no hubieran asistido a la reunión por no afectarles o interesarles los asuntos del orden del día se encontrasen con que los administradores o consejeros han sido cesado con el respaldo de una mayoría simple.

- **Artículo 64, apartado 1, párrafo primero y apartado 3:** Cabría hacer las mismas reflexiones que las del artículo 61, tanto referidas a los consejeros como a la mayoría simple.

Sería conveniente también aclarar la expresión “*entablar conjuntamente la acción de responsabilidad*” ya que surge la duda de si está refiriendo al ámbito interno de la cooperativa o al ámbito judicial, en cuyo caso no cabría esta previsión.

- **Artículo 65, apartado 2:** Con la redacción actual parece que sólo se podrá cesar a quien ocupe la gerencia y modificar las facultades conferidas al Director General, como si se tratase de cargos distintos. Si esa es la voluntad se mantendrá la redacción actual; en caso contrario debería modificarse para evitar las dudas que surgen, refiriéndose en todo caso a Gerente y Director General.

- **Artículo 66, apartado 4:** Debería aclararse si también corresponde al Consejo Rector elegir al Vicepresidente.

- **Artículo 71, apartados 1 y 3:** En este precepto sólo se hace referencia al director/a de la cooperativa pero no al gerente por lo que debería aclararse si este puede formar parte o no del Comité de recursos.

La misma observación habría que hacerla para el artículo 72, apartados 1 y 2, donde se omite cualquier referencia al Gerente.

Añadir además que sería conveniente mejorar la redacción del segundo párrafo del apartado 3, para facilitar su comprensión.

- **Artículo 73:** En la redacción vigente solamente se cita al Consejo Rector, desconociéndose si es posible que el Comité social puede desempeñar sus funciones cuando la administración de la cooperativa se atribuya a administradores.

- Sobre el **régimen de transmisibilidad de las participaciones conformadoras del capital social -artículos 31.3 y 74.5-**.

El artículo 31 del anteproyecto, que trata de las diferentes situaciones y circunstancias en que cabe la transmisibilidad de la condición de socio, aborda en su apartado 3 los efectos asociados a la posibilidad de que estatutariamente se acuerde la prohibición de baja voluntaria, estableciendo su párrafo tercero que *“los estatutos sociales regularán específicamente el modo en que, según la clase de cooperativa y el tipo de miembro de la cooperativa, haya de ser o no precisa la autorización previa de la cooperativa como condición imprescindible de la transmisión de las participaciones y, en su caso, de la condición de socio. Si esta condición fuera libremente transmisible podrá preverse que su acreditación se lleve a cabo a través de títulos nominativos o no, según el tipo de miembros y la clase de cooperativa, y que tendrán la condición de títulos valores”*.

Paralelamente, en el artículo 74.5, tras señalarse con carácter general que las participaciones cooperativas conformadoras del capital social *“no tendrán el carácter de títulos valores o de valores mobiliarios”*, se prevé que *“No obstante, en el caso en que los estatutos sociales prohibieran la baja voluntaria del socio a favor de su salida preferente a través de la técnica de la transmisión de sus participaciones sociales previsto en el artículo 31 de esta Ley, cabría la posibilidad de que las participaciones sociales se representaran a través de títulos que podrían tener la condición de valores mobiliarios en atención a la concreta categoría de miembros o de la clase de cooperativa, siempre que la cesión de esas participaciones pueda ser libremente transmisible sin necesidad de previa autorización por parte de la cooperativa”*.

Del contenido de los dos preceptos antedichos se extrae nítidamente que la norma proyectada propicia la aparición de cauces excepcionales de actuación en virtud de los cuales, a través de determinaciones estatutarias, las sociedades cooperativas pueden eludir el sometimiento a dos de sus notas caracterizadoras más arraigadas y significativas, estrechamente vinculadas a su condición de sociedad personalista, a través de la libre transmisibilidad de las aportaciones constitutivas del capital social de la cooperativa y la posible representación documental de dichas aportaciones sociales por medio de instrumentos a los que pueda conferirse la condición de títulos valores, no sólo nominativos sino incluso al portador.

Sobre ambas cuestiones, debe señalarse primeramente, como reparo análogo a otros anteriores, que dada la naturaleza mercantil que poseen los conceptos de título valor y valor mobiliario, aunque de dificultosa objetivación en el derecho positivo, tampoco parece al alcance de la Comunidad Autónoma introducir determinaciones sobre si unas u otras clases de aportaciones o participaciones societarias revisten o no dicha condición, ya que la inserción de los correspondientes instrumentos en una u otra categoría será algo que vendrá dado en cada caso por el análisis de sus notas caracterizadoras y por la aplicación a las mismas de las reglas y criterios interpretativos dimanantes de la normativa estatal de índole mercantil, dictada en uso de la correspondiente competencia exclusiva en dicha materia.

Pero además, ha de cuestionarse si las reglas de libre transmisibilidad y titularidad innominada del capital antes referidas, sin precedentes conocidos en otras normativas autonómicas, tienen cabida dentro de los criterios diferenciales del tipo de sociedad objeto de regulación. Es cierto que no resulta tarea fácil hallar un claro patrón definitorio de las sociedades cooperativas que hoy en día permita deslindar esta figura societaria de otras con las que cada vez en mayor medida tienden a confundirse, pero también que ni el Estado en su Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, ni la vigente Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, vigente en la actualidad, contienen normas que posibiliten la libre transmisión de la condición de socio, sin supeditación a la autorización de la cooperativa, o la transferencia de su capital mediante la transmisión de títulos al portador. Asimismo, la aplicación de los célebres principios identitarios de estas sociedades proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional en su *“Declaración sobre la Identidad Cooperativa”* -de adhesión voluntaria y abierta, de gestión democrática por los socios, de participación económica de los socios, de autonomía e independencia, etc.-, plasmados a título introductorio en la referida Orden ECO 3614/2003, tampoco permiten afirmar de modo categórico que el abandono de las dos notas caracterizadoras cuestionadas constituyan una inequívoca dejación del formato societario objeto de regulación.

Es por ello que el examen de la normativa europea contenida en el Reglamento 2003/1435/CE, de 22 de julio, por el que se aprobó el Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), resulta de gran utilidad como referente sobre el que efectuar un análisis de esta cuestión. Así, ha de hacerse notar que dicho Reglamento, en su artículo 4, relativo a la configuración del capital de estas sociedades, introduce sendas reglas con las que serían incompatibles los preceptos del anteproyecto cuestionados, toda vez que en su apartado 3, se indica que *“las participa-*

ciones serán obligatoriamente nominativas”, y en su apartado 11 que “en las condiciones que fijen los estatutos y con el acuerdo de la asamblea general o del órgano de dirección o administración, las participaciones podrán cederse o transmitirse a un socio o a cualquiera que adquiera la condición de socio”. Asimismo, el artículo 14 de dicho reglamento, relativo a la adquisición de la condición de socio, prevé sobre los requisitos y trámites exigibles: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 33, [supuestos de fusión] la adquisición de la condición de socio de la SCE estará sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración. [...] []. Cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE. En este caso, la adquisición de la condición de socio estará sujeta a una votación de la asamblea general o de cualquier otro órgano en el que la asamblea general o los estatutos hayan delegado este cometido”.

En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que, aunque la propiciación de estas técnicas innovadoras en materia de cambios societarios y circulación del capital, mediante su reflejo en las disposiciones estatutarias rectoras de la cooperativa, se plantea en la Ley como una hipótesis de carácter excepcional, no puede soslayarse la incertidumbre regulatoria y el margen de inseguridad jurídica que genera la posibilidad de empleo, acaso generalizado, de tales alternativas estatutarias, con las que podría propiciarse incluso un uso fraudulento de la fórmula empresarial objeto de regulación, alejando a ésta de sus tradicionales señas de identidad, como sociedad de naturaleza personalista, y llevándola a un terreno en donde pueden surgir graves problemas de diferenciación con otros modelos societarios, cuya regulación corresponde en exclusiva al estado. Asimismo, no debe obviarse que el recurso a estas fórmulas atípicas de configuración societaria vendría a impedir la posibilidad de que las cooperativas que recurrieran a dichas técnicas liberalizadoras de los movimientos de capital se acogieran al estatus europeo dimanante de su acomodación a la regulación del citado Reglamento CE 2003/1435/CE, de 22 de julio.

- **Artículo 75 apartado 1:** Contiene en su inciso final, relativo a los trámites a observar para formalizar las oportunas actuaciones, que *“no será obligatoria la inscripción del aumento de capital en el Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha, pero podrá realizarse mediante la simple certificación por parte del órgano de administración del correspondiente acuerdo social, sin necesidad de su elevación a público”.*

Sin embargo, la eludibilidad del formalismo consistente en la ele-

vación a escritura pública del acuerdo cooperativo de aumento del capital social, expresada al término del precepto, no resulta coherente con lo establecido posteriormente en el **artículo 76.4**, párrafo tercero, inciso final, en el que, al regular el método de valoración de las aportaciones no dinerarias de los socios al capital social, se indica que el correspondiente informe de las personas expertas en dicha tasación *“se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento de capital social, depositándose una copia autenticada en el Registro de cooperativas competente al presentar a inscripción dicha escritura”*.

La puesta en común de ambos preceptos revela que la regla general por la que primeramente se posibilita la no escrituración del acuerdo de aumento capitalista, formulada en el artículo 75.1, no tiene adecuada correspondencia en las previsiones sobre aumentos de capital luego plasmadas en el artículo 76.4, donde, habría de incluirse alguna referencia a la eventualidad de que las actuaciones del aumento de capital referido puedan no ser objeto de escrituración.

- **Artículo 87.4, párrafo primero:** Forma parte de la regulación relativa a la determinación de los resultados del ejercicio económico de la sociedad, señalando de forma textual que *“4. En el caso de operaciones con terceros no socios, los gastos específicos necesarios para su obtención y la parte que, según criterios de imputación fundados, corresponda de los gastos generales de la cooperativa”*.

La simple lectura del párrafo transcrito, al que no es posible añadir ningún elemento de comprensión procedente de su entorno o deducido de la estructura del artículo, pone de manifiesto que adolece de una construcción sintáctica fallida de la que no es posible extraer un significado coherente. El cotejo de su contenido con las previsiones de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, relativas a la determinación de los resultados del ejercicio y localizadas en el artículo 57, lleva suponer que se ha incurrido en una anómala trasposición de la regulación acogida en el apartado 3.b), párrafo segundo, de dicho artículo, donde se establece sobre el tratamiento contable de las operaciones con terceros no socios que, para la determinación de los resultados extracooperativos *“se imputará a los ingresos derivados de estas operaciones, además de los gastos específicos necesarios para su obtención, la parte que, según criterios de imputación fundados, corresponda de los gastos generales de la cooperativa”*, sin suscitar problemas de inteligibilidad.

En consecuencia, se propone dar una nueva redacción al precepto a fin de proveerlo de un significado adecuado.

- **Artículo 95 apartado 1:** Se prevé sobre la posibilidad de elaborar las cuentas en formato abreviado que, en tal sentido, “*se estará a lo previsto en esta Ley y en la legislación mercantil*”.

La formulación y presentación de cuentas en formato abreviado es materia regulada en el Plan General de Contabilidad de 2007, cuyas Normas 3ª y 4ª de la Parte Tercera, apartado I, establecen: “3ª. *Estructura de las cuentas anuales [] Las cuentas anuales de las sociedades anónimas, incluidas las laborales, de las sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las laborales, de las sociedades en comandita por acciones y de las sociedades cooperativas deberán adaptarse al modelo normal. Las sociedades colectivas y comanditarias simples, cuando a la fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras, también deberán adaptarse al modelo normal. []*”.

4ª. *Cuentas anuales abreviadas [] 1. Las sociedades señaladas en la norma anterior podrán utilizar los modelos de cuentas anuales abreviados en los siguientes casos: [] a) Balance, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria abreviados: las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: [] -Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance. [] -Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros. [] -Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50. [] b) Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada: las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: [] -Que el total de las partidas del activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance. [] -Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. [] -Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250. [] Cuando una sociedad, en la fecha de cierre del ejercicio, pase a cumplir dos de las circunstancias antes indicadas o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado en este apartado si se repite durante dos ejercicios consecutivos. [...]*”.

De tal modo, y sin que se determine ni aprecie qué singularidades contiene en este aspecto la Ley proyectada, los términos en que está formulado el precepto analizado suscitan dudas sobre la posibilidad de que la Comunidad Autónoma pueda introducir reglas en la materia que, por la propia construcción sintáctica de la norma, parecen situarse dialécticamente en un plano de aplicabilidad preferente a la normativa estatal dictada en materia de contabilidad mercantil, con lo que se genera la hipótesis de una confrontación entre normas de ambos ordenamientos,

sólo dilucidable bajo la perspectiva del predominante carácter mercantil de la cuestión regulada. En consecuencia, en el que caso de que efectivamente existan singularidades concretas que justifiquen la mención a las especificidades previstas en la propia Ley, para evitar todo atisbo de inseguridad jurídica respecto a la prevalencia de normas en caso de confrontación, se sugiere reformular el artículo introduciendo la cautela de anteponer la referencia a la legislación mercantil dictada por el Estado en materia de contabilidad abreviada y, en lo que no sea contrario a la misma, hacer mención a las previsiones de la propia Ley que puedan ser de aplicación, dejándose debidamente identificadas a tal efecto.

- **Artículo 104:** Contiene en su apartado 1.a), cuarta línea, una remisión al artículo 102 que parece incorrecta, pues la relación de documentos a que se hace alusión debe ser la que se encuentra recogida en el artículo 103 del anteproyecto.

- **Artículo 122:** En este artículo se efectúa la definición de las Cooperativas de Trabajo Asociado diciendo que son aquellas que integran principalmente a personas físicas que, mediante su trabajo en común, realizan cualquier actividad económica o social de producción de bienes o servicios destinados a terceros, pero no determina cuál es la naturaleza jurídica de los socios trabajadores. Aunque de la regulación que se contiene en la Sección primera del Capítulo Primero del Título II del Anteproyecto se pueda su carácter, para evitar cualquier interpretación que pudiera llevar a resultados contrarios al espíritu de la Ley, es conveniente que en el apartado primero de este artículo se dijese, al igual que se realiza en el artículo 80.1 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, que *“La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria”*.

- **Artículo 123:** En el apartado 1 de este artículo se establece que el número de horas/año de los trabajadores asalariados no deberá exceder del treinta por ciento de las realizadas por los socios trabajadores, disponiendo en el apartado 2 que este límite no será de aplicación a los supuestos que allí relaciona, entre los que se encuentra que se produzca la negativa de los trabajadores a la propuesta de integración como socios y se cumplan los requisitos que allí señala. En el subapartado 5º y último de los requisitos se establecen los derechos que tienen los socios trabajadores en el supuesto que una cooperativa de trabajo cese, por causa no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa. Como se deduce del propio precepto, este subapartado 5º está regulando un aspecto que nada tiene que ver con las excepciones a la limitación de horas de los trabajadores asalariados, por lo que debe tratarse como un apartado independiente del artículo 123.

- **Artículo 124:** En el apartado 1 de este artículo se dice que *“La organización del trabajo, la jornada, el descanso semanal, las fiestas, vacaciones y permisos, la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica, las excedencias o cualquier otra causa de suspensión o extinción de la relación laboral en régimen cooperativo, y en general cualquier otra medida relacionada con los derechos y obligaciones del socio como trabajador/a, serán regulados por los Estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la Asamblea General, respetando los derechos de esta Ley y, subsidiariamente, los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común”*. Aunque como se ha dicho anteriormente, en estas cooperativas prima la condición de socio sobre la de trabajador, ello no debe llevar a olvidar la existencia de normas que por afectar a los derechos fundamentales son de obligado cumplimiento, lo que supone que no pueden ser de aplicación supletoria. En este caso se encuentran las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad, en cuyo Título I, denominado *“El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación”*, se contienen una serie de disposiciones de vinculación general, dado que, conforme se dice en su disposición final primera han sido dictadas por el Estado en base a lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª, con el objeto de garantizar el principio de igualdad de todos los españoles. En consecuencia, al decirse en el anteproyecto de Ley que *“subsidiariamente”* se tendrán en cuenta los derechos y garantías establecidos en el derecho laboral común, debe matizarse esta expresión, puesto que existen derechos recogidos en la legislación laboral común que son de obligado cumplimiento por afectar al principio de igualdad, especialmente aquellos que directa o indirectamente se relacionan con la maternidad, al haberse dispuesto en el artículo 3 de esta Ley que *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*.

- **Artículo 125:** Entre los supuestos de suspensión temporal de las obligaciones y derechos de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, que se establecen en el apartado 1 se encuentra el siguiente: *“b) Paternidad o maternidad del socio trabajador o socia trabajadora, riesgo durante el embarazo, y adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años”*, manteniendo la misma regulación que actualmente se contiene en el artículo 106.1.b) de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre. El contenido de esta causa de suspensión es similar a la anterior redacción del artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, mediante el apartado 7 de la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad, se dio una nueva redacción a este apartado del siguiente tenor *“d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural”*.

de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”.

Asimismo, mediante la disposición adicional decimoctava de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, también se ha modificado el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, creando en su artículo 135 bis la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, y estableciendo en el artículo 106.4 la obligación de continuar cotizando, entre otras situaciones, durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.

Teniendo en cuenta que la anterior modificación del artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, tiene como fundamento garantizar el principio constitucional de igualdad por razón de matrimonio y de asunción de obligaciones familiares al que se refiere el anteriormente citado artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se recomienda que la letra b) del apartado 1 del artículo 125 se redacte de una forma similar al que se contiene en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

- **Artículo 130:** El segundo párrafo del apartado 6 de este artículo se inicia con la expresión “*De suerte que este nuevo compromiso de permanencia [...]*” El juego literario con el que se inicia esta frase no resulta adecuado en la redacción de una norma, por lo que de dicha expresión se debería suprimir el inciso “*De suerte que*”, iniciándose el párrafo con la de “*Este nuevo compromiso de permanencia [...]*”, cambio que en nada afecta al contenido del artículo.

La remisión que en el párrafo segundo de este mismo apartado se efectúa al artículo 25 parece que en realidad debe corresponder al 28, dado está regulando la forma de ejercitar el derecho de separación de la cooperativa y la baja voluntaria se regula en el artículo 28 y no en el 25 que está dedicado a regular la figura del socio colaborador.

En el apartado 8 se debería añadir la expresión “*de esta Ley*” o similar a la remisión que se realiza al artículo 49, al igual que así se efectúa en otros apartados de este mismo artículo.

- **Artículo 134.3:** En el último párrafo del apartado 3 de este artículo se efectúa una remisión al apartado 3.a) del artículo 90, en el cual no figura la citada letra a). Por su contenido, parece que la remisión debe ser hecha al apartado 3.a) del artículo 87.

- **Artículo 137:** En el segundo párrafo del apartado 4 de este artículo se dice que el Consejo Rector podrá promover la baja obligatoria justificada de los socios siguiente el procedimiento previsto en los estatutos conforme a lo establecido en los artículos 28 y 29. El primer de estos artículos regula la baja voluntaria y el segundo los efectos económicos de las bajas. Por ello, al referirse dicho párrafo a la baja obligatoria, parece que la remisión debería efectuarse al artículo 27 que regula esta clase de baja, en lugar de al 28.

- **Artículo 161:** Al establecer la cuantía sancionadora de los diversos órganos de la Consejería competente en materia de trabajo para la imposición de sanciones, se utiliza la expresión “*hasta...*” tanto para concretar la competencia del Delegado Provincial -“*hasta 6.000 euros*”- como la del Director General competente -“*hasta 18.000 euros*”- y la de la persona titular de la Consejería -“*hasta 30.000 euros*”-, pudiendo dar lugar esta redacción a entender que el Director General puede imponer sanciones de 1 a 18.000 euros. Para evitar esta equívoca interpretación, se estima más conveniente concretar el intervalo económico del Director General y de la persona titular de la Consejería, utilizando las expresiones “*desde 6.001 a 18.000 euros*” y “*desde 18.001 a 30.000 euros*”, respectivamente.

- **Artículo 162:** En el apartado 1.a) de este artículo se dice que una cooperativa puede ser descalificada cuando concurren las causas señaladas en el artículo 109 de la presente Ley, a excepción de las previstas en sus letras a) y b), siendo de resaltar que el artículo 109 no contiene ninguna letra, por lo que la remisión parece que debe efectuarse al artículo 110.1 que regula las causas de disolución de las cooperativas.

- **Cuestiones de redacción.-** Como cierre de las observaciones de menor importancia acogidas en esta consideración, cabe también hacer advertencia de algunas erratas de diversa índole o deficiencias de redacción de escasa entidad, que, sin pretensión de ser exhaustivos, pasan a exponerse brevemente:

-Artículo 9 apartado 7: En el segundo párrafo, línea 2ª, debe suprimirse el “*de*” que precede a “*designar*”.

-Artículo 10: En el segundo párrafo, al inicio de la línea tercera

debe suprimirse la frase “*la sociedad microempresa cooperativa*” porque ya aparece citada en la primera línea.

Sería conveniente además numerar los párrafos de este artículo, al igual que los del artículo 11.

-Artículo 12 apartados 1 y 3: Sería conveniente sustituir la expresión del apartado 1 “*Los socios fundadores*” por “*Los promotores y fundadores*” y ,en el apartado 3, debería indicarse que en acta debe figurar también el lugar y la fecha de reunión.

-Artículo 13: Debe corregirse el error de la última línea de la letra d) del apartado 2, donde aparece “*pare*” en lugar de “*para*” y separarse el texto de la letra i) y de la h).

-Artículo 25 apartado 3.e): Se debe suprimir el guión de la tercera línea.

-Artículo 49: Regula este precepto el derecho de voto en las cooperativas, estableciendo que cada socio tendrá derecho a un voto salvo lo dispuesto en los Estatutos; sin embargo, luego se excepciona esta regla para varios tipos de cooperativas, estableciéndose a su vez otros límites, consiguiendo que el artículo sea excesivamente largo y complejo, lo que claramente contradice las directrices de técnica normativa que aconseja que los artículos no sean excesivamente largos, ya que lo contrario dificulta la comprensión de los mismos.

-Artículo 57, apartado 4.a): Para una mejor comprensión debería redactarse de nuevo este precepto. Una posible redacción alternativa podría ser “*podrán presentarse tanto candidaturas individuales para cubrir un determinado puesto como candidaturas conjuntas para cubrir varios puestos*”.

-Artículo 62, apartado 3: suprimir el acento del término “*aun*”.

-En el artículo 74.5, párrafo segundo, tercera línea, el artículo “*la*” situado al final de la misma ha de utilizarse en plural para concordar en número con “*participaciones*”.

-En el artículo 75.2, sexta línea, el adjetivo “*ultima*”, debe aparecer acentuado.

-En el artículo 76.5, primera línea, debe usarse la contracción “*del*” antes del sustantivo “*órgano*”.

-En el artículo 80.3.epígrafe a), primera línea, la forma verbal “*podrán*” debería utilizarse en singular. Asimismo, en la cuarta línea del mismo epígrafe se ha omitido el pronombre “*que*” antes del término “*tenga*”.

-En el artículo 87.1, primera línea, debe utilizarse la contracción “*del*” antes del sustantivo “*ejercicio*”. De otro lado, se ha partido indebidamente con un salto de línea el epígrafe d) del apartado 2 del mismo artículo.

-En el artículo 103, párrafo introductorio, inciso inicial, la forma verbal “*deberán*” habría de emplearse en singular.

-Entre la titulación del Capítulo X del Título I y la de su Sección 1ª, se ha omitido un salto de línea.

-En el artículo 116, el primer párrafo del mismo ha quedado unido indebidamente a su titulación, apareciendo además en letra negrita.

-En la primera línea del artículo 143 es más correcto utilizar el plural en todos los términos de la frase, por lo que la expresión “*la cooperativas de vivienda podrá*” debería sustituirse por la de “*las cooperativas de viviendas podrán*”. En la línea cuarta de este mismo artículo debe ponerse un punto después de la expresión “*apartado 1 del artículo 25*”.

-En la cuarta línea de la disposición transitoria segunda es más correcto la utilización de la expresión “*se precisará*” que el de “*será suficiente*”, para referirse al quórum exigible para la adopción de los acuerdos a los que dicha disposición se refiere.

-En las disposiciones finales tercera y cuarta el sustantivo “*Trabajo*” no debe ser empleado en mayúscula.

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

Que tenidas en cuenta las observaciones formuladas en el presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, señalándose como esenciales las contenidas en la Consideración IV.”

Toledo, 19 de mayo de 2010

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE REVISIÓN DE OFICIO INSTRUIDO POR
EL AYUNTAMIENTO DE W, EN RELACIÓN A
LOS DECRETOS DE LA ALCALDÍA DE 29 DE
NOVIEMBRE DE 2005 Y DE 10 DE NOVIEMBRE
DE 2006 POR LOS QUE, RESPECTIVAMENTE,
SE EXIMÍA A D. X DE LA REALIZACIÓN DE
PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA PROVISIÓN,
POR EL SISTEMA DE CONCURSO-OPOSICIÓN,
DE DOS PLAZAS DE OFICIAL DE LA POLICÍA
LOCAL Y SE LE NOMBRABA FUNCIONARIO
EN PRÁCTICAS AL SERVICIO DE LA
CORPORACIÓN MUNICIPAL**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Convocatoria del proceso selectivo.- Por resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de W de 2 de junio de 2005 se hicieron públicas, en el Boletín Oficial de la Provincia de Guadalajara número 71 del día 15 del mismo mes, las bases y convocatoria para la provisión, por el sistema de concurso-oposición, de dos plazas de Oficial de Policía Local vacantes en la plantilla de funcionarios de ese Ayuntamiento.

En la cláusula 6 de las bases se establecía que el proceso constaría de las fases de concurso, oposición y curso selectivo. La de oposición se hallaba conformada por cuatro pruebas obligatorias y eliminatorias relativas a aptitud psicotécnica, aptitud física, conocimientos generales y prueba práctica.

Segundo. Solicitud de exención de la fase de oposición.- Mediante escrito de 15 de noviembre de 2005, D. X solicitó del Ayuntamiento de W que se acordara su exención de la realización de las pruebas selectivas previstas en la convocatoria, declarándole aprobado y siéndole asignada en su día una de las dos plazas convocadas; todo ello en virtud de lo previsto en el artículo 38.4 del *“Acuerdo Económico y Social entre la Corporación y el personal funcionario de este Excmo. Ayuntamiento para 2005”*, que *“establece que los aspirantes que en el turno de promoción interna hubieran*

superado las pruebas pero al no reunir méritos suficientes no hubieran aprobado, quedarán exentos de la realización de las pruebas en la siguiente convocatoria. En la promoción del grupo D al C y siempre que no existan convocatorias de acceso libre para ello, esta exención se extenderá a las dos siguientes convocatorias”.

Tercero. Audiencia a los interesados.- Tal solicitud de exención se puso en conocimiento de los aspirantes admitidos a la convocatoria mediante escritos del Concejal Delegado de Personal de 21 de noviembre de 2005, otorgándoles un plazo de tres días naturales para formular alegaciones.

Figuran en el expediente los recibís que acreditan la recepción de las notificaciones por los destinatarios.

No consta que ninguno de ellos realizara manifestación al respecto.

Cuarto. Acuerdo de exención.- A la vista de lo solicitado y dado que no había existido oposición alguna de los afectados, el Alcalde acordó con fecha 29 de noviembre de 2005 eximir a D. X de la realización de las citadas pruebas, con base en el precepto citado.

Dicho decreto fue notificado el 7 de diciembre de 2005 a D. Z, con expresa indicación de los recursos que contra el mismo procedían, sin que éste interpusiese recurso alguno.

Quinto. Desarrollo del proceso selectivo.- Se incorporan al expediente las actas aprobadas por el Tribunal Calificador acreditativas del desarrollo y resultado de la fase de concurso y de las diferentes pruebas que conformaban la fase de oposición.

En la sesión de 16 de diciembre de 2005 se valoraron los méritos alegados por los interesados en la fase de concurso, dando cuenta de la resolución de exención citada en el antecedente anterior. Al efecto, los miembros del Tribunal manifestaron su disconformidad con la misma, dado que, de acuerdo con lo previsto en la base 6.1.5 de la convocatoria la fase de oposición constará de las cuatro pruebas obligatorias y eliminatorias, siendo de aplicación el Decreto 1/1990, de 9 de enero, por el que se establece la estructura de los Cuerpos de Policía Local de Castilla-La Mancha y se fijan los criterios de selección de sus miembros, conforme al cual la exención sólo podría alcanzar a la realización del ejercicio práctico. Señalaban, además, que el Acuerdo Económico y Social no podía tener efectos retroactivos.

Tras el desarrollo de las diferentes fases y ejercicios el proceso concluyó el 30 de mayo de 2006, fecha en que el Tribunal elevó al Alcalde Presidente de la Corporación la relación de aspirantes aprobados, en la que se incluía a D. K y a D. Z.

Sexto. Propuesta de nombramiento de D. X.- Con fecha 10 de agosto de 2006 el Concejal Delegado de Personal propuso nombrar funcionario en prácticas a D. X para desempeñar la plaza de Oficial de la Policía Local, encuadrada en el Grupo C, Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales. Tal decisión la fundaba en que *“sumadas las puntuaciones obtenidas en las pruebas celebradas en el año 1996 y la puntuación obtenida en la fase de concurso de las presentes pruebas selectivas, resulta que obtiene una de las dos plazas”*.

Séptimo. Informe de la Sección de Personal.- Se halla incorporado al expediente informe emitido el 7 de agosto de 2006 por la Técnica de la Sección de Personal del Ayuntamiento de W, en el que se expresa que el afectado *“fue declarado exento de la realización de las pruebas selectivas mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de fecha 29 de noviembre de 2005, de manera que se le conservaba la nota obtenida en las pruebas selectivas celebradas en el año 1996, 11,5 puntos, a los que hay que sumar los 2,5 puntos obtenidos en el concurso de méritos, de modo que por la puntuación total obtendría una de las dos plazas”*. Añadía que, *“No obstante lo anterior, el nombrado no coincide con la propuesta formulada por el Tribunal del proceso selectivo, por lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 896/1991, por el que se establecen las reglas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de funcionarios de la Administración Local, que señala que la resolución de las pruebas selectivas y los correspondientes nombramientos deberán efectuarse por el Presidente de la Corporación de acuerdo con la propuesta del Tribunal, que tendrá carácter vinculante”*.

Octavo. Informe del Interventor Municipal.- Con idéntico fundamento jurídico el Interventor Municipal formuló con fecha 30 de agosto posterior *“reparo de legalidad”* a la propuesta formulada, suscribiendo un informe de fiscalización no conforme con la misma.

Noveno. Informe del Secretario General.- Oponiéndose a lo expresado en los informes citados en los dos antecedentes anteriores, con fecha 2 de noviembre de 2006 emitió informe el Secretario General de la Corporación señalando que cuando la exención fue solicitada por el interesado se otorgó trámite de audiencia a los participantes en la convocatoria, sin que ninguno formulara alegaciones en contra de lo pedido, notificándoles igualmente con posterioridad -el 29 de noviembre

de 2005- la aceptación de la exención otorgando la posibilidad de *“formular recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo, sin que durante el tiempo hábil concedido al efecto se formulase recurso alguno, por lo que el Decreto ha devenido firme en vía administrativa y por lo tanto vincula al órgano que lo dictó”*.

Añadía que al Tribunal Calificador *“le corresponde única y exclusivamente la calificación de aquellos aspirantes que se hayan personado y hayan realizado las pruebas selectivas y consiguiente propuesta a favor de quienes habiendo superado las pruebas no superan el número de plazas convocadas, todo ello al margen de los actos administrativos que puede haber dictado el órgano convocante [...] sobre la exención de realización de las pruebas selectivas por algún aspirante”*.

En apoyo de lo anterior aludía de modo genérico y sin concretar referencia alguna a varias sentencias, aún no firmes en esa fecha, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Guadalajara dictadas en relación a otros tantos recursos interpuestos contra decretos de la Alcaldía por los que se declaraban exentos de realizar las pruebas selectivas a varios aspirantes a plazas de administrativo *“por entender el Juez que el Acuerdo Económico y Social es de obligado cumplimiento para la Administración y por lo tanto lo es su artículo 38.4, que declara la exención de las pruebas en la siguiente convocatoria en el caso de turno de promoción interna a favor de los que habiendo superado una prueba anterior no reuniera los méritos suficientes”*.

Concluía manifestando ajustada a derecho la propuesta formulada por el Concejal de Personal por la que se proponía el nombramiento de D. X como funcionario en prácticas.

Décimo. Resolución de nombramiento y toma de posesión.- A la vista de lo expresado en el citado informe del Secretario General del Ayuntamiento, con fecha 10 de noviembre de 2006 el Alcalde de W resolvió expresamente nombrar funcionario en prácticas a D. X para desempeñar la plaza de Oficial de la Policía Local.

Consta en diligencia suscrita por el interesado, por el Concejal Delegado de Personal y por el Secretario General del Ayuntamiento el 24 de noviembre siguiente, que, en esa fecha, el afectado tomó posesión de su plaza.

Undécimo. Recurso contencioso-administrativo.- Contra la anterior resolución de nombramiento interpuso D. Z recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

número 1 de Guadalajara, alegando la conculcación de las bases de la convocatoria y que la actuación de la Administración era contraria a la mantenida por el Tribunal Calificador -que había manifestado expresamente su posición contraria al reconocimiento de la exención-, a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1/1990, de 9 de enero, por el que se establece la estructura de los Cuerpos de Policía Local de Castilla-La Mancha y se fijan los criterios de selección de sus miembros, y en el artículo 14 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y Promoción Profesional.

El Ayuntamiento se opuso a la estimación del recurso alegando como argumento principal la existencia de causa de inadmisibilidad del mismo, en tanto se interpone *“frente a una actuación administrativa que es consecuencia de un acto firme y consentido”*.

El Magistrado-Juez dictó Sentencia el 7 de junio de 2007, rechazando la excepción de inadmisibilidad por considerar que *“en los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho no puede hablarse de acto consentido [...], pues tal tipo de nulidad es insanable por el mero transcurso del tiempo [...] de tal forma que el aquietamiento de los particulares afectados no convierte el acto firme en válido e inimpugnable por lo que el motivo de inadmisión del artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de constreñirse y con singular cautela en su apreciación [...] a los actos administrativos afectados de simple anulabilidad, únicos de los que cabe hablar de consentimiento por parte de los afectados”*. Y entrando en el fondo del asunto consideraba, tras el análisis de la normativa aplicable a la selección de policías locales, que la única prueba de que podría haberse eximido al afectado sería la práctica, *“pues la exención total de todas las pruebas de dicha fase de oposición resultaba contrario a la normativa rectora –ex artículos 10 y 14 del Decreto 1/1990, de 9 de enero, en relación con el artículo 21.1.c) de la Ley 8/2002, de 23 de mayo [de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha]- no pudiendo la misma ser modificada por aplicación del principio de jerarquía normativa derivado de las propias limitaciones de los Acuerdos entre los representantes de los funcionarios y la Administración, que en modo alguno pueden, no sólo innovar el ordenamiento jurídico rector, sino por supuesto, contradecirlo. [] No quiere esto decir que el artículo 38.4 del Acuerdo Económico y Social resulte sin más contrario a Derecho, sino que su aplicación en los procesos selectivos que afecten a Policías Locales deberá ajustarse a lo dispuesto por la normativa rectora de la materia”*.

De lo anterior concluía que, tanto el acto de estimación de la exención como el de nombramiento posterior del funcionario como Ofi-

cial de la Policía, fueron contrarios a Derecho, resultando nulos de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Añadía, además, que el Decreto de 10 de noviembre de 2006 “*fue dictado en el seno de un procedimiento de reparo a la legalidad, tras el informe emitido [...] por el Interventor del Ayuntamiento demandado. [...] [] El Ayuntamiento demandado al proceder como lo hizo revisando un acuerdo -propuesta de nombramiento- del Tribunal calificador, vinculante para dicha Administración [...] por la vía del procedimiento del reparo de legalidad previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, vulneró el procedimiento legalmente establecido al efecto, toda vez que dicha Administración solamente podía revisarlo ejercitando la potestad que le reconocen los artículos 102 y 103*” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Concluía, acordando la estimación del recurso y revocando la resolución del Alcalde de 10 de noviembre de 2006 al considerarla nula de pleno Derecho en aplicación de las causas previstas en el artículo 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declarando, en consecuencia, el derecho del reclamante a ser nombrado funcionario en prácticas del Ayuntamiento de W para desempeñar la plaza de Oficial de la Policía Local.

En ejecución de dicha Sentencia, el Alcalde acordó con fecha 12 de noviembre de 2007 el cese de D. X, así como el nombramiento de funcionario en prácticas al servicio del Ayuntamiento de D. Z, quien tomó posesión el 15 siguiente. Consta en el expediente que, tras haber superado el curso de formación inicial para oficiales convocado por la Consejería de Presidencia, el afectado fue nombrado “*Oficial de Policía Local en propiedad*” por resolución del Alcalde de 5 de septiembre de 2008.

Duodécimo. Apelación.- La Sentencia mencionada fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por D. X dictando otra dicho órgano jurisdiccional, con fecha 12 de febrero de 2009, estimando el recurso presentado y revocando la anterior, declarando la inadmisibilidad del recurso interpuesto en su día por D. Z contra el decreto del Alcalde de W de 10 de noviembre de 2006, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha superado la citada por el órgano de instancia conforme a la cual, “*en el caso de entablarse recur-*

so jurisdiccional en que se accione con base en la nulidad de pleno Derecho, [...] el recurrente ha de someterse al plazo de ejercicio establecido en el artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incurriendo en caso contrario en extemporaneidad, con la obligada inadmisibilidad de su recurso". De este modo, el hecho de que la declaración de la exención -de la que es consecuencia directa el posterior nombramiento- no hubiera sido recurrida en su día por D. Z, deviniendo firme, habría llevado necesariamente a tener que haber inadmitido el recurso presentado en su día ante el Juzgado.

En cumplimiento de la mencionada sentencia el Alcalde resolvió, con fecha 24 de agosto de 2009, nombrar funcionario a D. X.

Decimotercero. Solicitud de nulidad de los actos.- Mediante escrito fechado el 20 de mayo de 2009, D. Z solicitó de la Corporación la declaración de nulidad de las resoluciones del Alcalde de W de 29 de noviembre de 2005 -por la que se eximía de D. X de la realización de las pruebas selectivas- y de 10 de noviembre de 2006 -por la que se acordaba nombrar funcionario en prácticas a dicho interesado-, al estimar que concurrían las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el artículo 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Pedía, asimismo, que se reconociera y declarara su derecho a ser nombrado funcionario en prácticas.

Aducía al efecto que, por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2008, se declaró que la exención contenida en el artículo 38.4 del Acuerdo Económico y Social para el año 2005 del Ayuntamiento de W carece de eficacia y fuerza vinculante, al no haber sido publicado, y por tanto no puede ser de aplicación. Esta Sentencia anulaba los actos administrativos dictados por la Corporación por los que, con base en tal precepto, eximía a tres funcionarios de la realización de pruebas selectivas para promocionar a puestos de administrativos. Afirmaba así que *“Lógica consecuencia de la aplicación de esta doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Superior de Justicia es la nulidad de la resolución cuya revisión ahora se interesa”*.

Añadía que el acuerdo era contrario a las bases de la convocatoria que no preveían la posibilidad de excluir candidatos de la realización de las pruebas; vulneraba lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1/1990, de 9 de enero, por el que se establece la estructura de los Cuerpos de Policía Local en Castilla-La Mancha y se fijan los criterios de selección de sus miembros, conforme al cual las Corporaciones sólo podrán eximir en la fase de oposición de la realización del ejercicio práctico; contrariaba la actuación del Tribunal Calificador, vulnerando además lo previsto en

el artículo 14 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso; y que el Decreto de 10 de noviembre de 2006 fue dictado en el seno de un procedimiento de reparo de legalidad, revisando un acuerdo previo mediante dicho cauce sin ejercitar la potestad prevista en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Adjuntaba a su escrito los siguientes documentos: bases de la convocatoria; solicitud de exención de D. X; audiencia a D. Z; declaración de exención; actas del Tribunal Calificador; propuestas de nombramiento; informe de la Sección de Personal; informe del Interventor; Decreto de nombramiento de D. X; copia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Guadalajara de 7 de junio de 2007; copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2009, dictada en apelación, revocando la anterior; y copia de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia el 24 de octubre de 2008 contraria a la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Guadalajara sobre recurso en el que se impugnaba el proceso selectivo para cubrir cuatro plazas de administrativo vacantes por el sistema de concurso-oposición en régimen de promoción interna convocado por el Ayuntamiento de W, impugnando concretamente la exención afectante a tres interesados de realizar las pruebas selectivas, al haberlas superado en convocatorias anteriores, conforme a lo previsto en el artículo 38.4 del Acuerdo Económico Social del indicado Ayuntamiento para el año 2005 y declaraba nula la categoría de exentos del proceso selectivo, con obligación de dictar una nueva lista definitiva de admitidos y excluidos de acuerdo con las bases de la convocatoria.

Decimocuarto. Informe de la Sección de Personal del Ayuntamiento de W.- Sometida la solicitud a la Sección de Personal de la Corporación municipal W, una Técnica adscrita a la misma emitió informe el 10 de noviembre de 2009, examinando la concurrencia de las causas de nulidad alegadas por el afectado.

En relación al decreto de la Alcaldía de 29 de noviembre de 2005 por el que se declaraba la exención del interesado de la realización de las pruebas selectivas, señalaba que *“no se prescindió total y absolutamente del procedimiento. Es más, una vez dictado se concedió a los aspirantes del proceso selectivo un plazo para formular cuantas alegaciones consideraran convenientes en defensa de sus intereses, sin que ninguno presentara alegaciones”*. Estimaba, no obstante, que incurría en la causa prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que contrariaba la convocatoria y

lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1/1990.

En cuanto al decreto de 10 de noviembre de 2006 por el que se acordó el nombramiento del funcionario, estimaba que concurría la causa del apartado f) del indicado artículo 62.1, ya que el funcionario “*adquiere el derecho a su nombramiento como Oficial en prácticas y posteriormente de carrera, careciendo de los requisitos para su adquisición al no haber superado el proceso selectivo convocado y no haber sido propuesto por el Tribunal Calificador*”. Añadía, además, que en dicho acto concurría la causa prevista en el apartado e) del repetido precepto, pues fue el resultado de revisar un acuerdo vinculante para la Administración -el adoptado por el Tribunal por la vía del reparo de legalidad interpuesto por el Interventor Municipal, sin dar cumplimiento al procedimiento legalmente previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Concluía proponiendo la admisión a trámite de la solicitud y la elevación de la misma al Consejo Consultivo.

Decimoquinto. Remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.- Traslada dicha solicitud de nulidad a este órgano consultivo, el Pleno del Consejo acordó con fecha 23 de diciembre de 2009 devolver el expediente a la entidad local interesada, a fin de que tramitara el procedimiento de declaración de nulidad conforme a lo previsto en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A la vista de dicho acuerdo, la Técnica de la Sección de Personal emitió informe con fecha 8 de febrero de 2010 indicando la necesidad de retrotraer el procedimiento para dar audiencia a los interesados en el mismo y estimando que la instrucción se hallaba completa con las sentencias judiciales e informes incorporados.

Decimosexto. Trámite de audiencia.- Mediante sendos escritos datados el 9 de febrero de 2010, la Concejala de Personal del Ayuntamiento de W dirigió comunicación a D. Z y a D. X otorgándoles la posibilidad de consultar el expediente durante un plazo de quince días, durante el cual podrían formular alegaciones y presentar los documentos convenientes a su derecho.

Consta en sendas declaraciones que los interesados retiraron diversa documentación con fecha 24 de febrero posterior.

Mediante escrito presentado el 4 de marzo de 2010, D. Z se reiteró en los fundamentos aducidos en su solicitud y en el *petitum* de la misma.

Por su parte, con fecha 11 de marzo siguiente, D. X presentó alegaciones invocando el principio de seguridad jurídica conforme al cual la declaración de nulidad de una norma no afecta a las situaciones administrativas firmes surgidas al amparo de la misma. Añadía que *“la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ni siquiera declara la nulidad de esta cláusula, sino sólo determina que carece de eficacia y aplicación al no haber sido publicado el Acuerdo Económico y Social”*.

Aducía, además, que los actos cuya nulidad se pretende ya fueron sometidos a previo control judicial, lo cual *“veda e impide que la Administración pueda revisarlos y declarar su nulidad posteriormente”*, añadiendo que *“el presente procedimiento vulnera el principio de buena fe y la confianza legítima que el compareciente tenía respecto al actuar de ese Ayuntamiento, máxime cuando esa Corporación trata de revisar unos actos que ya habían sido previamente impugnados en vía jurisdiccional”*.

Señalaba, por último, que, *“en el supuesto de que se declarase la nulidad de dichos actos, tal declaración debería tener carácter retroactivo, pues no podemos olvidar que a consecuencia del Decreto de 29 de noviembre de 2005 el compareciente no realizó las pruebas de la fase de oposición de la convocatoria, confiando legítimamente en que no tenía que realizarlas puesto que así lo había decidido la Administración. Es decir, si no se declarase la retroactividad se privaría al compareciente de la oportunidad de realizar dichas pruebas que sí realizaron el resto de los opositores. [] [...] La declaración de nulidad de dichos actos ocasionaría al compareciente importantes perjuicios económicos y morales que obviamente deberían ser indemnizados como prevé el artículo 102.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo”*.

Decimoséptimo. Informe sobre las alegaciones presentadas.-

A la vista de las alegaciones formuladas, emitió nuevo informe con fecha 14 de mayo de 2010 la Técnica de la Sección de Personal, reiterándose en el anterior de fecha 10 de noviembre de 2009.

Añadía que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2008 no puede ser de aplicación ya que se ha dictado en el seno de un procedimiento distinto y que la jurisprudencia establece que no cabe la declaración de nulidad de actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme ya que se vería desvirtuada la eficacia de la cosa juzgada.

Decimooctavo. Propuesta de resolución.- A la vista de los datos obrantes en el expediente, con fecha 5 de julio de 2010 el Alcalde de W formuló propuesta de resolución en el sentido de que no procede declarar la nulidad de pleno Derecho de los decretos de Alcaldía de 29 de

noviembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2006, “*al haberse planteado previamente acciones jurisdiccionales que ya han analizado la misma petición de nulidad absoluta, siendo aplicable la institución de la cosa juzgada como límite a la revisión de oficio de los actos administrativos*”.

Acordaba, igualmente, elevar el expediente a este Consejo en solicitud de dictamen, petición que dirigió al Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas con fecha 12 de julio de 2010.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 27 de julio de 2010.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete a la consideración del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha el expediente de revisión de oficio instada por D. Z de los decretos dictados por el Alcalde de W el 29 de noviembre de 2005 y el 10 de noviembre de 2006, por los que, respectivamente, se eximía a un solicitante de la realización de las pruebas selectivas integradas en la fase de oposición para la cobertura de plazas de Oficial de la Policía Local, vacantes en la plantilla de funcionarios de su Ayuntamiento, y se acordaba nombrar funcionario en prácticas a dicho interesado.

El artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina, en su apartado primero, que “*las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1*” de la misma.

El citado precepto debe ser puesto en conexión con el artículo 57 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo

Consultivo de Castilla-La Mancha, el cual determina que las Corporaciones locales de la Región solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo, a través de la Consejería de Administraciones Públicas, cuando preceptivamente venga establecido en las leyes.

En aplicación de los preceptos mencionados, se emite el presente dictamen con carácter preceptivo y habilitante.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LBRL), dispone que corresponde a los municipios, en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial y dentro de la esfera de sus competencias, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, reiterándose la atribución de tal potestad en similar precepto del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

El régimen jurídico aplicable al instituto revisorio en el ámbito local queda reflejado en el artículo 53 de la LBRL que establece que *“las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”*, reiterándose la remisión a dicha legislación en el artículo 218 del mencionado Real Decreto 2568/1986.

A la vista de tal remisión habrá que atender, en el examen de la tramitación del procedimiento seguido en el presente expediente, al contenido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto, a lo dispuesto en su artículo 102, referente a *“Revisión de disposiciones y actos nulos”*.

El citado precepto no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda.

Por ello habrán de entenderse aplicables las normas recogidas en el Título VI de la indicada Ley, denominado *“De las disposiciones generales”*

sobre los procedimientos administrativos”, con la especialidad de que será preceptivo y habilitante el dictamen del órgano consultivo, pudiendo señalarse como trámites comunes para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos, tal como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el acuerdo de iniciación del procedimiento dictado por órgano competente, el nombramiento de instructor, la sustanciación de actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento, tales como la apertura de un periodo de alegaciones, la práctica de pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes en la decisión del mismo y los informes que se estimen necesarios, la audiencia a los afectados y la propuesta de resolución como paso previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo y a la formulación de la resolución pertinente.

Examinado el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de W, se observa que el mismo se ha iniciado a solicitud del interesado ejercitando la acción de nulidad prevista en el citado artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; como acto de instrucción se ha emitido informe por la Sección de Personal de la Corporación; se ha dado audiencia a los interesados, presentando éstos sendos escritos de alegaciones en defensa de sus intereses; se ha emitido nuevo informe por la Sección de Personal examinando el fundamento de las alegaciones presentadas por los afectados; y finalmente se ha formulado propuesta de resolución por el Alcalde, sometiendo el expediente al dictamen de este Consejo.

El contraste de las actuaciones practicadas en el presente supuesto con el referente normativo aludido, lleva a concluir que el procedimiento sustanciado ha resultado ajustado en lo esencial a lo previsto en la citada normativa, si bien ha de observarse únicamente que no consta en el expediente el nombramiento de instructor del procedimiento a quien, según lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, correspondería la realización de los actos que se estimaran necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Esta irregularidad formal, no obstante, no presenta carácter esencial, ya que las labores instructoras han sido realizadas desde la Concejalía de Personal, impulsando el expediente en todos sus trámites.

III

Fundamentos jurídicos y jurisprudenciales de las causas de nulidad invocadas por el solicitante.- De manera previa al análisis del

supuesto sometido a consulta, conviene recordar que la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva (así lo ha venido manifestando el Tribunal Supremo, entre otras muchas en sus Sentencias de 17 de junio de 1987, RJ 6497; de 13 de octubre 1988, RJ 7977; de 10 de mayo 1989, RJ 3812; de 22 de marzo de 1991, RJ 2250; de 5 de diciembre de 1995, RJ 9936; de 6 de marzo de 1997, RJ 2291; de 26 de marzo de 1998, RJ 3316 y de 23 de febrero de 2000, RJ 2995).

Estas cualidades que han de acompañar al ejercicio de la potestad revisoria responden a la necesidad de buscar un justo equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que postula el mantenimiento de derechos ya declarados, y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico.

Se caracteriza la figura de la nulidad de pleno derecho por ser apreciable de oficio y a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se declara y por ser insubsanable aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación (sin perjuicio, en cuanto a efectos, de las excepciones que puedan darse para la nulidad de reglamentos, comprendidas en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

El artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en la actualidad las causas de nulidad de pleno derecho, con carácter tasado y restrictivo, apreciables siempre con prudencia y moderación.

La primera causa aducida en el expediente viene recogida en el artículo 62.1.e) del citado texto legal, el cual establece que serán nulos de pleno derecho los “*actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”.

Como ya se ha señalado por este Consejo en anteriores dictámenes (valga por todos el 12/2009, de 11 de febrero), en relación a esta

causa es necesario destacar que la propia dicción del precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad mencionado cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación.

De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 (RJ 3925) afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, *“el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”*.

Aunque una primera reflexión sobre lo expuesto parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo (entre otras Sentencias, valga por todas la de 15 de junio de 1994, RJ 4600).

Quedarían subsumidos, de este modo, en el ámbito de aplicación del mencionado motivo de nulidad, no sólo los supuestos en que se ha prescindido por completo del procedimiento establecido para la elaboración del acto, sino igualmente aquéllos otros en los que, si bien no se ha omitido el procedimiento de modo absoluto, se han obviado trámites del mismo trascendentales para la formación del acto, así como los casos en que el procedimiento observado no es el previsto en la Ley para su realización, existiendo un defecto de calificación previa que desvía la actuación administrativa del *iter* procedimental realmente aplicable según la ley, el cual puede considerarse que queda así total y absolutamente omitido.

Idéntica trayectoria ha mantenido el Consejo de Estado al afirmar, en una primera etapa, que para poder ampararse en el motivo indicado sería preciso la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad

en la adopción del mismo. Es necesario, por tanto, una ausencia total de los trámites fijados o bien el seguimiento de un procedimiento completamente opuesto al correcto, al haberse prescindido del expresamente previsto en la ley. La revisión de oficio de actos nulos requiere, por su misma excepcionalidad, algo más que una sola irregularidad de los trámites ordenados (entre otros, dictámenes 520/1992 y 1387/1994).

En dictámenes emitidos con posterioridad dicho órgano consultivo ha llegado a aceptar, en línea similar a la marcada por la jurisprudencia, que la falta comprobada de un trámite esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo fundamentándonos en este motivo (entre otros, dictamen 591/1995).

En suma, y siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en reiteradas ocasiones (entre otros, en dictámenes 7/1998, de 27 de enero; 9/1999, de 16 de febrero; 62/1999, de 14 de septiembre; 85/1999, de 21 de diciembre; 12/2000, de 22 de febrero; 122/2001, de 12 de noviembre; 150/2002, de 19 de diciembre; 123/2003, de 9 de octubre; 151/2004, de 24 de noviembre; 141/2005, de 28 de septiembre, y 12/2009, de 11 de febrero), hay que afirmar que procede declarar la concurrencia del motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no sólo cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, sino también cuando el utilizado es otro distinto al exigido legalmente, o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos del administrado.

Respecto a la segunda causa de nulidad aducida en el expediente, recogida en el artículo 62.1.f) del citado texto legal, el cual establece que serán nulos de pleno derecho los *“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*, es preciso indicar, como ya se ha señalado por este Consejo en anteriores dictámenes (entre otros en el 126/2009, de 24 de junio), que la misma constituye una novedad en nuestro Derecho respecto a los supuestos que contemplaba la actualmente derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1957. Dicho precepto viene a incorporar la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en relación con el alcance de las facultades y derechos derivados de las autorizaciones o licencias, especialmente en materia urbanística, concedidas por silencio positivo, expresando por ello, la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, en su apartado noveno, que la regulación del silencio “*se complementa con la inclusión posterior como supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

En congruencia con el carácter excepcional que, como se ha indicado, debe presidir la aplicación de la regulación de las nulidades de pleno derecho, la apreciación de la existencia de la causa de nulidad aludida debe realizarse igualmente con sumo rigor, pues de lo contrario podría cobijar cualquier infracción legal que afectara a actos declarativos de derechos.

En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado, en multitud de dictámenes (entre otros, los números 1979/1994, de 1 de diciembre; 2454/1995, de 9 de febrero; 822/1995, de 1 de junio; 1798/1995, de 28 de septiembre; 2059/1995, de 11 de octubre; 2133/1996, de 25 de julio; 1494/1997, de 8 de mayo; 4786/1998, de 21 de enero; 1419/1999, de 3 de junio; 1784/1999, de 29 de julio; 71/2001, de 10 de mayo, y 1989/2001, de 6 de septiembre) la conveniencia de evitar una interpretación extensiva de esta causa de nulidad de pleno derecho.

Así, en su dictamen 842/1996, afirma el Consejo de Estado que esta causa “*no contempla la nulidad de pleno derecho para cualquier infracción o contrariedad al ordenamiento jurídico. Si fuera así, se desnaturalizaría gravemente la institución de la revisión de oficio porque no toda contrariedad permite la anulación al amparo del artículo 103 de la Ley 30/1992 y el vicio de nulidad que sanciona el artículo 102 en los casos del artículo 62.1 de la misma Ley es precisamente de mayor entidad que el de anulabilidad. Este precepto, el artículo 62.1.f) [...] contempla sólo aquellos casos de contrariedad al ordenamiento jurídico en que falta el requisito esencial para la adquisición de un derecho o facultad. Dicho requisito esencial tiene en primer lugar que venir definido de manera conforme a la ley y afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo cuanto al precepto de la Ley de cuya contravención se trata*”.

La cuestión fundamental, por tanto, radica en determinar los requisitos que pueden ser catalogados como esenciales, circunstancia ésta que no es posible establecer *a priori* y para todos los supuestos, sino de manera individual para cada uno de ellos, “*centrando el examen en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto*” (dictamen del Consejo de Estado 2133/1996, de 25 de julio).

Tales requisitos “no pueden ser, obviamente, todos cuantos la Ley exige. La falta o infracción de cualquiera de ellos depararía la anulabilidad pero no la nulidad. Han de ser unos requisitos que la Ley llama esenciales y tales son los que definen la propia estructura del acto administrativo sin venir referidos en otro motivo de nulidad, cuales la falta de capacidad del sujeto, la falta de objeto, de la causa o del fin del acto administrativo” (dictamen del Consejo de Estado 351/1996, de 22 de febrero).

La presencia de tales requisitos esenciales supone un plus a valorar a la hora de apreciar la concurrencia de esta causa de nulidad, pues “Se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por el beneficiario” (dictamen del Consejo de Estado 3380/1998, de 8 de octubre).

La expresión utilizada por el artículo 62.1.f) tantas veces mencionado, ha de reservarse para “aquellos vicios de legalidad en los que falta en el acto no cualquier elemento (necesario para su conformidad a Derecho), sino aquéllos que le son realmente inherentes y que le otorgan su configuración propia” (dictamen del Consejo de Estado 2897/2000, de 4 de octubre).

Ante la dificultad interpretativa existente a la hora de concretar lo que se entiende por requisito esencial, este Consejo Consultivo ha señalado en numerosas ocasiones (valga por todos, el dictamen 78/2001, de 24 de julio), que “no bastará que el acto no cumpla cualquier requisito de los que exige el ordenamiento jurídico, aunque tales requisitos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición de la facultad o derecho, sino que el requisito exigido pueda calificarse como esencial, bien se refiera a las condiciones del sujeto o al objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable. Por otra parte, la doctrina ha subrayado también la necesidad de que el acto viciado de nulidad determine el nacimiento de un auténtico derecho o facultad, no pudiendo aplicarse a aquellos actos que se limiten a remover el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente”.

IV

Análisis jurídico del Acuerdo Económico y Social en el que se ampara la exención declarada.- El funcionario que insta la revisión de oficio plantea la nulidad de dos decretos de la Alcaldía de W de 29 de noviembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2006 por los que, respectivamente, se declaraba exento a D. X de la realización de las pruebas

selectivas para la provisión por el sistema de concurso-oposición de dos plazas de Oficial de la Policía Local y se le nombraba funcionario en prácticas para desempeñar dicho puesto. Tales actos afirma que fueron contrarios a Derecho y nulos en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En el examen del fondo del asunto afectante a ambos actos, pues se hallan íntimamente imbricados, subyace la aplicabilidad del artículo 38.4 del Acuerdo Económico y Social suscrito por el Ayuntamiento de W y los representantes de sus funcionarios, en el que se fundamentó el reconocimiento de la exención, denominado *“Promoción interna y provisión de puestos de trabajo”*, conforme al cual: *“Los aspirantes que en el turno de promoción interna hubieran superado las pruebas pero al no reunir méritos suficientes no hubieran aprobado, quedarán exentos de la realización de las pruebas en la siguiente convocatoria. En la promoción del grupo D al C y siempre que no existan convocatorias de acceso libre para ello, esta exención se extenderá a las dos siguientes convocatorias”*.

El argumento principal del interesado que insta la revisión lo constituye la situación creada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2008, que declaraba la nulidad de varias resoluciones de exención de pruebas selectivas para cubrir cuatro plazas de administrativo dictadas por el Ayuntamiento de W, al considerar que el citado Acuerdo Económico y Social no fue objeto de publicación y, por tanto, era ineficaz y no podía ser aplicado. Ausente este instrumento del mundo jurídico, no existía fundamento legal alguno que respaldara la exención de las pruebas selectivas declarada en su momento por la Corporación.

La citada Sentencia se fundaba en lo siguiente: *“No cabe duda de que esa obligatoriedad [del Acuerdo Económico y Social] deriva de su carácter de auténtica norma jurídica y como tal es requisito imprescindible su publicación. Con carácter general la publicación de las normas viene exigida por el art. 9.3 de la Constitución y el 2.1 del C. Civil y en el ámbito administrativo respecto de las disposiciones reglamentarias por el art. 24.6 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre. En el ámbito de la legislación laboral la publicación del Acuerdo es completamente necesaria (art. 90.3 ET), habiendo señalado el Tribunal Constitucional que a los Convenios Colectivos “expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios”, hay que “reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad consecuencia de la proclamación de España como Estado de Derecho y garantía esencial del principio de seguridad jurídica (STC núms. 179/1989 [RTC 1989\179] y 151/1994 [RTC 1994\151]), requisito de publicación que igualmente debe de predicarse de lo que supone en definitiva una*

modificación puntual del Convenio. De igual modo el art. 36 de la Ley 9/87, modificado por la Ley 7/90, también exige la publicación de los acuerdos y pactos celebrados”.

Por tanto, por la falta de publicación del repetido Acuerdo, la Sentencia concluye en sus fundamentos que no puede ser aplicado, limitándose, en su parte dispositiva, a anular las exenciones declaradas.

La citada Sentencia, sin embargo, no tiene efectos *erga omnes*, sino sólo entre partes, conforme al artículo 72.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por haberse dictado en un procedimiento en el que las pretensiones se limitaban al reconocimiento o restablecimiento de la situación jurídica individualizada de una concreta demandante que nada tiene que ver con los interesados en la presente revisión de oficio.

Por ello, para dictaminar sobre la presente acción de nulidad, es necesario plantearse de nuevo, olvidándose de aquel pronunciamiento judicial, la trascendencia y efectos derivados de la indubitada falta de publicación del repetido Acuerdo Económico y Social.

Esta cuestión se halla indefectiblemente ligada a la determinación de la naturaleza jurídica de dicho instrumento, encajable en la figura del “acuerdo” prevista en el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en adelante LORAP), en su redacción dada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, de negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de funcionarios públicos -normativa vigente en el momento de la aprobación del indicado Acuerdo Económico y Social y hoy derogada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público-. Tal instrumento, según el indicado artículo 35 de la Ley 9/1987, habrá de versar “*sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo*”; añadiendo su artículo 36 que “*Los Acuerdos aprobados y los Pactos celebrados se remitirán a la oficina pública a que hace referencia la Ley Orgánica 5/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y serán de inmediato publicados en el Boletín Oficial del Estado o diarios oficiales correspondientes*”.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor del carácter normativo del contenido de tales instrumentos. Así, es preciso traer a colación su Sentencia de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993\1933) por la que se anulaba un acuerdo del Consejo de Ministros sobre aplicación de régi-

men retributivo del personal sanitario de Equipos de Atención Primaria y Servicios de Urgencias, materia previamente objeto del correspondiente Acuerdo entre la Administración sanitaria y las centrales sindicales. Afirmaba el Alto Tribunal que *“No creemos que la veste formal del acuerdo deba ser el criterio determinante para su caracterización, sino que se impone un análisis sustancial de su función jurídica. [] Según el criterio diferencial entre acto y norma, acogido en nuestra jurisprudencia, [...] lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento -acto ordenado- que agota su eficacia en la propia aplicación; o si, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico, completándolo, y erigiéndose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota en una aplicación, sino que permanece situada en un plano de abstracción, por encima de destinatarios individualizados y en una perspectiva temporal indefinida, como base de una pluralidad indeterminada de cumplimientos futuros”*.

Respecto del Acuerdo impugnado la indicada Sentencia razonaba que *“tiene en sí un similar sentido de abstracción y generalidad, y de temporalidad indefinida, si bien, con mucha mayor concreción en su contenido, como complemento indispensable de la norma superior. El sentido ordenador del mismo resulta así evidente, tratándose por sus sustancia y su función de una auténtica norma, integrante del ordenamiento jurídico de las retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud”*.

Ello conducía a afirmar que *“Proclamado, pues, el carácter normativo del acuerdo impugnado, su sustancial significado de disposición general, es visto que en su elaboración debió seguirse el procedimiento regulado en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo [vigente en la fecha de su adopción]. Obviamente no sería admisible que por el hecho de eludir la forma jurídica correspondiente a la función normativa que desarrolla [...] pudieran excusarse las garantías establecidas para el ejercicio legal de dicha función”*. Para concluir que *“La rigurosa exigencia legal de los requisitos de los artículos 129.1 y 130.1 LPA no puede entenderse sustituida [...] por el Acuerdo de 25-3-1987 concertado entre representantes del Ministerio de Sanidad y Consumo y las Centrales Sindicales firmantes”*.

La confirmación de este carácter normativo del contenido de los referidos Acuerdos se reitera en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, como muestra la lectura de numerosas Sentencias alusivas a la naturaleza normativa de los mismos -v. gr., Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1995 (Ar. RJ 1996\1564); de 1 de febrero de 2000 (Ar. RJ 2000\1584); de 21 de marzo de 2002 (Ar. 2002\4318) o del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2003, FJ 2º, (Ar. Jur. 2003\83536)-.

La naturaleza jurídica de los Acuerdos ha sido también objeto de un extenso debate doctrinal, dentro del cual un nutrido número de autores se decantan por apreciar el carácter normativo de tales instrumentos, orientando desde tal premisa la necesidad de su publicación para la eficacia de los mismos.

En esta línea se mueve la opinión del profesor Sánchez Morón -en su obra *“Derecho de la Función Pública”*, Tecnos 1997, pág. 246- cuando señala que, *“como norma jurídica alternativa al reglamento, los pactos y acuerdos se insertan en la estructura jerárquica del ordenamiento administrativo en la posición que corresponde al órgano que los celebra o aprueba (principio de jerarquía normativa) subordinándose a las normas de superior rango, que siempre pueden modificarlos [...]”*.

En pro de su naturaleza normativa se pronuncia también la profesora Roqueta Buj -en su libro *“El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público”*, La Ley 2007, pág. 465- manifestando que *“La publicación en el diario oficial representa la culminación del procedimiento de formalización de los Pactos y Acuerdos como normas jurídicas. A partir de este momento éstos serán normas jurídicas válidas, con independencia de la fecha en que entren en vigor, pues ésta no afecta tanto a la validez jurídica propiamente dicha como a los límites temporales de la eficacia de la norma. Aunque la fuerza vinculante de los Pactos y Acuerdos deriva de la autonomía colectiva y de la aprobación del pertinente órgano gubernamental, respectivamente, es imposible que alcancen la fuerza normativa en tanto no sean publicados en el periódico oficial [Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 1996 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de octubre de 1997]. El incumplimiento de tal requisito comportará la “inaplicabilidad jurídica con valor normativo” pues sabido es que la publicación de una norma no constituye un mero requisito de formalidad sino un presupuesto para su existencia”*.

Por su parte, el profesor Gómez Caballero -en su obra *“Los derechos colectivos de los funcionarios”*, Colección Estudios CES 1994, págs. 322 y 330- matiza lo anterior distinguiendo en los pactos y acuerdos un contenido normativo y un contenido obligacional, encontrándonos en presencia de *“reglamentos negociados, en definitiva [ante] una nueva forma de hacer reglamentos”*. En cuanto a su validez y eficacia manifestaba que *“La aprobación es una conditio legis para que el acuerdo tenga valor, pero no es condición suficiente para que devenga ejecutivo. En este sentido, el art. 36 LOR -precepto básico- prevé que los Acuerdos y Pactos celebrados se remitirán a la oficina pública a que hace referencia la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y serán de inmediato publicados en el Boletín Oficial del*

Estado o diarios oficiales correspondientes. En consecuencia, será necesaria la publicación en el BOE o en los otros diarios oficiales, para que el Acuerdo negociado y aprobado pueda desplegar su eficacia general y repercutir sobre las relaciones individuales que unen a los funcionarios con la Administración. Ello no quiere decir que aquéllas cláusulas que formen parte del contenido obligatorio para que surtan efectos hayan de esperar a su publicación en el BOE, pues en este caso no parece que haya inconveniente para que una vez aprobado el Acuerdo los efectos comiencen a producirse desde el momento que se contemple en el mismo”.

De otro lado, el profesor Juan José Fernández Domínguez -en su comentario al artículo 38 del Estatuto Básico del Empleado Público, incluido en la obra colectiva “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril”, cuyos directores son Alberto Palomar Olmeda y Antonio Sempere Navarro, editorial Thomson Aranzadi 2008, págs. 309 y 310- afirma que la remisión a la oficina para depósito y registro y la posterior publicación en el periódico oficial constituyen “previsiones y requisitos lógicos en función de su carácter normativo y ya previstos en el artículo 36 de la LORAP; también indispensables por un doble motivo: en primer lugar, por cuanto así se cumplen los principios de publicidad y transparencia exigidos para la negociación colectiva funcional por el artículo 37.1 EBEP; en segundo término, porque si bien ambos instrumentos son válidos desde su aprobación expresa y formal, sólo desplegarán su ejecutividad o eficacia con la publicación, conforme ocurre con los convenios colectivos”. A lo anterior agrega que “Conviene observar empero, que la referencia anterior siempre queda referida a su contenido normativo, no al obligatorio, ignorado por el legislador pero no por los interlocutores sociales (pactos de paz, garantías sobre intangibilidad de lo consensuado, etc.). En este caso, y a diferencia de lo expuesto, comenzará a ser exigible y surtir efectos desde el mismo momento en el cual hayan previsto quienes alcanzan el acuerdo”.

Finalmente, cabe reseñar que la profesora Martínez Gayoso -en su obra “Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública”, Instituto Vasco de Administración Pública 2002, págs. 67 y 68- toma postura en el debate “defendiendo una misma naturaleza jurídica de Pactos y Acuerdos, la cual determina su eficacia jurídica normativa y personal general. [] La naturaleza jurídica de Pactos y Acuerdos se concreta en ser el producto normal del ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte de los representantes sindicales de los funcionarios públicos, lo que obliga a tener presente su origen contractual y su función reguladora de las condiciones de trabajo. Una y otra determinan la eficacia jurídico-normativa de ambos productos, separada de la potestad reglamentaria de la Administración. La Ley añade su eficacia personal general, la cual se desencadena por la publicación del producto de la negociación colectiva en el correspondiente diario oficial (art. 36 LORAP)”. Del reconocimiento de su eficacia jurídico-normativa afirmaba -siguiendo al profesor

Ojeda Avilés- que derivaba como consecuencia “*la inmediata aplicación de los Pactos y Acuerdos a las relaciones de trabajo de los funcionarios públicos. Los Pactos, una vez celebrados y publicados, y los Acuerdos, una vez alcanzados, aprobados y publicados despliegan plenos efectos jurídicos, es decir, obligan a la Administración pública representada en la negociación, a los representantes sindicales de los funcionarios públicos presentes en la Mesa de Negociación que hayan mostrado su disconformidad con el acuerdo, y al resto de los sujetos colectivos y funcionarios públicos sometidos al ámbito de aplicación del correspondiente acuerdo*”.

El Acuerdo Económico y Social suscrito por el Ayuntamiento de W y los representantes sindicales en 2005 señala, en su artículo 1, que “*regula y establece las normas y las condiciones de trabajo por las que se rige el personal funcionario que presta sus servicios en cualesquiera de los centros dependientes directamente*” de la Corporación. Contempla así aspectos tales como: los órganos de representación y negociación; la organización del trabajo, el calendario, jornada, vacaciones y horario de trabajo; las licencias y excedencias; las condiciones sociales de los trabajadores; la seguridad y salud laboral; el acceso y promoción; las condiciones para la contratación temporal y selección de interinos; y los planes de formación. Tal objeto y contenido presenta una inequívoca vinculación con el ejercicio de una potestad normativa, desprendiéndose de tal carácter la necesidad de su publicación para lograr su eficacia *erga omnes*. Al no haberse producido dicha publicación en el periódico oficial correspondiente, requisito necesario para la producción de efectos jurídicos por las disposiciones administrativas según establece el artículo 52.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no es posible dotar de tal efecto jurídico general a dicho instrumento.

Asimismo no puede dejar de señalarse que tal potestad normativa ejercida con la adopción del Acuerdo sólo puede operar dentro del ámbito competencial propio de la Administración que lo suscribe -artículo 32 de la LORAP-, en este caso la local. El artículo 38.4 del citado Acuerdo Económico y Social en los términos en que está redactado, al eximir de la realización de las pruebas a los aspirantes que en turno de promoción interna hubieran superado las mismas en anterior convocatoria, se excede del límite citado, pues interfiere en la competencia exclusiva que en materia de coordinación de las policías locales corresponde a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en virtud del artículo 31.1.32^a de su Estatuto de Autonomía, vulnerando el artículo 10.2 del Decreto autonómico 1/1990, de 9 de enero, por el que se establece la estructura de los cuerpos de policía local de la Región y se fijan los criterios de selección de sus miembros -vigente en la fecha de su aprobación-, que

sólo permite a las entidades locales eximir a los candidatos en el turno de promoción interna de la realización del ejercicio práctico.

La LORAP aplicable a dicho Acuerdo por la fecha en que fue suscrito, no contemplaba efecto directo alguno de tales instrumentos sobre la normativa reglamentaria, tal como posteriormente recogió la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al expresar en su artículo 38.3: *“Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que puedan ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria que corresponda”*.

No previendo la norma legal aplicable tal efecto directo, la previsión del artículo 38.4 del repetido Acuerdo, en cuanto eximía de la realización de las pruebas teóricas en sucesivas convocatorias, no podía ser, cuanto más, sino una mera declaración de intenciones de las partes firmantes del mismo, que no sería imperativa hasta el momento en que trascendiera a la norma reglamentaria aprobada por el órgano competente, esto es, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

En este sentido se manifestaba el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su Sentencia de 7 de junio de 2002 (Ar. JUR 2002\231949), en la que examinaba un recurso por el que se impugnaba una resolución de la Consejería de Administraciones Públicas por la que se convocaba concurso general de méritos, aduciendo que la misma era contraria a lo previsto en el Acuerdo Administración-Sindicatos para los años 1996 a 1998. Expresaba el órgano jurisdiccional que *“hay determinaciones de los acuerdos entre la Administración y sus empleados que precisan, para su efectividad, que de su contenido se recoja en norma de rango suficiente para ello, de modo que el acuerdo no es más que una declaración de intenciones para promover tal inclusión”*.

En conclusión, y a mayor abundamiento de lo ya dicho sobre la inaplicabilidad por falta de publicación, la previsión que recoge el artículo 38.4 del Acuerdo Económico y Social suscrito por el Ayuntamiento vulneraba la norma autonómica excediéndose así de la competencia que le correspondía, por lo que, tampoco por éste motivo, puede otorgársele carácter vinculante, sino meramente declarativo. Por tanto, también por este camino podría llegarse a la conclusión de no podía dar cobertura jurídica al acto de exención que en él se ha fundado.

V

Examen de la concurrencia de las causas de nulidad alegadas.- Como ha quedado dicho, se examina en el expediente la eventual nulidad de pleno Derecho de dos decretos de la Alcaldía de W de 29 de noviembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2006 por los que, respectivamente, se declaraba exento a D. X de la realización de las pruebas selectivas para la provisión por el sistema de concurso-oposición de dos plazas de Oficial de la Policía Local y se le nombraba funcionario en prácticas para desempeñar dicho puesto. Se aducen por el interesado, D. Z, en pro de tal declaración de nulidad las causas recogidas en el artículo 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación al primero de los actos citados, el decreto por el que se declaró exento al afectado de la realización de las pruebas de la fase de oposición, hay que partir de que no se aprecia la nulidad en base a la causa prevista en el artículo 62.1.e), pues no se observa que haya existido vicio procedimental alguno en orden a la declaración de dicha exención, habiendo otorgado la Corporación, antes de dictar resolución expresa, la correspondiente audiencia a cuantos podían resultar interesados por tal declaración.

Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Policías Locales de Castilla-La Mancha, establece en el artículo 21.2, relativo a la “*Promoción Interna*”, que “*El acceso a la categoría de oficial del grupo C deberá llevarse a cabo desde la categoría de policía por el sistema de promoción interna y mediante el procedimiento de concurso-oposición, con valoración en la fase de concurso de los méritos relacionados con la carrera y los puestos desempeñados, el nivel de formación y la antigüedad. A estos efectos se requerirá la titulación exigida o una antigüedad de cinco años como policía y la superación de un curso específico de formación programado por la Escuela de Protección Ciudadana de Castilla-La Mancha, o una antigüedad de diez años como policía*”.

Por su parte, el Decreto 1/1990, de 9 de enero, que establece la estructura de los cuerpos de policía local de Castilla-La Mancha y se fijan los criterios de selección de sus miembros (norma a la que se remitía expresamente, como aplicable al concurso-oposición cuestionado, la base 1.2 de su convocatoria) -disposición derogada por el posterior Decreto 110/2006, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Policías Locales, pero, como se ha dicho, vigente en el momento de declararse la exención que se examina-, establecía en su artículo 10.2 que, en “*Las plazas que se reserven para ser cubiertas por el sistema de promo-*

ción interna, la selección revestirá la modalidad de concurso-oposición para todas las categorías. La fase de oposición constará de los mismos ejercicios y programas que los correspondientes a los que accedan por el sistema libre, si bien las Corporaciones podrán eximirles de la realización del ejercicio práctico”.

A la vista de tales preceptos la declaración del interesado como exento de la realización de los ejercicios que conformaban la fase de oposición, expresada por el Alcalde mediante decreto de 29 de noviembre de 2005, contravenía la normativa de aplicación, que sólo permitía que los aspirantes por el turno de promoción interna pudieran ser dispensados del ejercicio práctico. Esta circunstancia conlleva que el decreto declarativo de la exención cuestionada sea contrario al ordenamiento jurídico, adquiriendo por medio de él el interesado el derecho a acceder como candidato a la plaza, sin contar con el requisito esencial que era la realización y superación de todos los ejercicios que conformaban la fase de oposición. Resulta, así, nulo de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La nulidad de este acto arrastra indefectiblemente la del decreto de nombramiento como funcionario en prácticas dictado el 10 de noviembre de 2006, el cual desoye el acuerdo que le fue elevado al Alcalde por el Tribunal Calificador, comprensivo de la relación definitiva de los dos aspirantes aprobados con fecha 30 de mayo de 2006, entre los que no figura D. X.

Al respecto hay que tener en cuenta que el artículo 14 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado (norma que también era de aplicación a la convocatoria para la provisión en propiedad, por el sistema de concurso-oposición, de dos plazas de oficial de policía local, vacantes en la plantilla de funcionarios del Excmo. Ayuntamiento de W, por así establecerlo expresamente la base 1.2 de esta convocatoria), denominado “*Revisión e impugnación*”, expresa que: “*1.- Las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”.

Y el artículo 7 del Real Decreto 896/1991, 7 de junio, por el que se aprueban las reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, establece que: “*La resolución de las pruebas selectivas y los correspon-*

dientes nombramientos deberán efectuarse por el Presidente de la Corporación de acuerdo con la propuesta del Tribunal, que tendrá carácter vinculante sin que, en ningún caso, pueda aprobarse ni declararse que ha superado las pruebas selectivas un número de aspirantes superior al de las plazas convocadas”.

El Alcalde, al nombrar funcionario al afectado, no tuvo en cuenta la propuesta del Tribunal, y procedió a dictar el decreto de 10 de noviembre de 2006 sin instar la revisión del acuerdo del Tribunal calificador; de modo que no ha seguido el procedimiento legalmente establecido, por lo que concurre en tal acto administrativo la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Asimismo, dicho acto está viciado de la nulidad contemplada en el artículo 62.1.f), pues el interesado adquirió con el mismo la condición de funcionario en prácticas, careciendo del requisito esencial que constituía la superación de las pruebas correspondientes de la fase de oposición, la cual constaba, según lo previsto en la base 6.5 de la convocatoria, de cuatro pruebas *“obligatorias y eliminatorias”*.

Resta, por último, hacer mención en la presente consideración a que el interesado cuyo nombramiento se cuestiona en el expediente ha aducido en el trámite de audiencia los efectos de la cosa juzgada respecto de los decretos de la Alcaldía, pues los actos objeto de revisión fueron sometidos, en su día, al control judicial. Tal argumento ha sido asumido por el Alcalde en la propuesta de resolución formulada en orden a determinar que no procede declarar la nulidad de dichos actos. Al respecto hay que señalar que, como ya quedó expresado en antecedentes, tras acordar el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de W la nulidad de la resolución de nombramiento de funcionario en prácticas, el afectado acudió en apelación al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, órgano jurisdiccional que revocó la Sentencia de instancia, declarando la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo presentado en su día. Por ello debe tenerse en cuenta que, si bien el artículo 72.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que *“La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes”*, es lo cierto que la doctrina más autorizada ha afirmado que al no pronunciarse sobre el fondo del asunto por existir un óbice procesal, la sentencia de inadmisibilidad no producirá efectos de cosa juzgada material; ya que estas sentencias no deciden si la pretensión es o no fundada, y, en consecuencia, no habrá cosa juzgada sobre la pretensión que es el verdadero objeto del proceso, porque realmente no se juzgó la cuestión de fondo; y por ello podrá volver a pedirse lo mismo y hasta por el mismo sujeto, sin que a

este respecto se le pueda oponer la cosa juzgada. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 7 de octubre de 1986 dijo que *“La afirmación de que existe cosa juzgada [es] del todo improcedente si tenemos en cuenta que la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1983, que puso fin al citado recurso núm. 207/82 acogió una causa de inadmisibilidad, y sabido es que estas sentencias carecen del valor de cosa juzgada material, de las que pueden servir de ejemplo las de 19 de enero de 1970 y 12 de mayo de 1977”*.

En suma, procede declarar la nulidad de los decretos del Alcalde de W de 29 de noviembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2006 por los que, respectivamente, se declaraba exento a D. X de la realización de las pruebas selectivas para la provisión por el sistema de concurso-oposición de dos plazas de Oficial de la Policía Local y se le nombraba funcionario en prácticas para desempeñar dicho puesto, al concurrir las causas de nulidad expresadas en la presente consideración; debiéndose considerar aprobado en el citado proceso selectivo a D. Z con las consecuencias inherentes.

VI

Efectos de la declaración de nulidad.- Apreciada la concurrencia de causa de nulidad en los actos examinados resta, por último, hacer una breve referencia a la aplicación de los límites a la revisión de oficio previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los cuales se ha referido en sus alegaciones el afectado que actualmente ocupa el supuesto controvertido, aludiendo en concreto a la buena fe.

Estima este Consejo que tales límites no operan, ya que la acción de nulidad planteada por D. Z lo fue transcurridos tres meses escasos desde que el Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso interpuesto en su día. Además, dicho interesado ha accionado su pretensión desde el momento en que se consideró afectado en su derecho.

Aun así no es posible dejar de invocar, en este caso, el principio de confianza legítima recogido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como principio general que deben respetar las Administraciones Públicas en su actuación, ya que D. X no se presentó a las pruebas de la fase de oposición en la creencia legítima y fundada de que quedaba excluido de las mismas en virtud del decreto de exención de la Alcaldía que tenía presunción de ser ajustado a Derecho. A la luz del aludido principio, y conforme a lo previsto en el artículo 102.4 del cita-

do cuerpo legal, el Ayuntamiento instructor deberá valorar, en la resolución por la que declare la nulidad de los actos, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan, en ellos, las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de dicha norma legal.

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

Que procede informar favorablemente la revisión de oficio de los decretos del Alcalde de W de 29 de noviembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2006 por los que, respectivamente, se declaraba exento a D. X de la realización de las pruebas selectivas para la provisión por el sistema de concurso-oposición de dos plazas de Oficial de la Policía Local y se le nombraba funcionario en prácticas para desempeñar dicho puesto, al concurrir en ambos actos las causas de nulidad de pleno derecho expresadas en la consideración V del presente dictamen.”

Toledo, 14 de octubre de 2010

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Miguel Angel Collado Yurrita (Coordinador)

Gracia M^a Luchena Mozo (Coordinadora)

Pedro José Carrasco Parrilla

María Prado Montoya López

Saturnina Moreno González

Gemma Patón García

Esther Sánchez López

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

Profesores de Derecho Financiero y Tributario. Centro Internacional de
Estudios Fiscales. Universidad de Castilla-La Mancha

<http://www.uclm.es/cief>

SUMARIO:

I. Principios constitucionales con incidencia en el ámbito tributario. II. Categorías y elementos tributarios. III. Gestión y liquidación. IV. Inspección. V. Recaudación. VI. Infracciones y delitos. VII. Revisión. VIII. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. IX. Impuesto sobre Sociedades. X. Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. XI. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. XII. Impuesto sobre el Valor Añadido. XIII. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. XIV. Impuestos Especiales y otras figuras impositivas. XV. Impuestos Autonómicos y Forales. XVI. Impuestos Locales. XVII. Tasas, Contribuciones Especiales y Precios Públicos¹.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

I. PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, SUFICIENCIA FINANCIERA DE LAS ENTIDADES LOCALES, SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL Y COORDINACIÓN CON LA HACIENDA DEL ESTADO

Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC) se encuentra, sin duda, entre los pronunciamientos más esperados, polémicos e importantes de la historia del Tribunal. En ella se ha declarado la inconstitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto, si bien, a efectos del presente comentario, centraremos nuestra atención en el análisis de constitucionalidad del título VI del Estatuto, “De la financiación de la Generalitat”, particularmente de diversos preceptos de los capítulos I (La Hacienda de la Generalitat) y III (Las Haciendas de los gobiernos locales).

A continuación, analizaremos brevemente el tenor de cada uno de los preceptos recurridos, los motivos por los que se impugnan y la respuesta dada por la Sentencia de la mayoría.

Los preceptos del título cuya constitucionalidad se recurren son:

A) En el capítulo I:

- El art. 201 EAC, en sus apartados 3 y 4. El apartado 3 dispone que “el desarrollo del presente Título corresponde a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat”. A juicio de los recurrentes, este precepto instaura en materia financiera un sistema de codecisión, que convierte en compartida la competencia exclusiva del Estado establecida en el art. 149.1.14 CE (Hacienda general), impidiendo el ejercicio de la competencia coordinadora de éste. Por su parte, el apartado 4 establece que “[d]e acuerdo con el art. 138.2 de la Constitución, la financiación de la Generalitat no debe implicar efectos discriminatorios para Cataluña respecto de las restantes Comunidades Autónomas”. Entienden los recurrentes que el concepto de “privilegio” empleado por el art. 138.2 CE no se compadece con el art. 201.4 EAC, que enuncia la discriminación positiva de Cataluña, con la consecuencia

de hacer prevalecer en el conjunto del sistema las normas estatutarias relativas a la solidaridad.

El TC rechaza la inconstitucionalidad de estos preceptos. Por lo que se refiere al art. 201.3 EAC, afirma que debe interpretarse de forma sistemática con los apartados 1 y 2 del mismo artículo, en los que se dispone, respectivamente, que “[l]as relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y la Generalitat se regulan por la Constitución, el presente Estatuto y la Ley Orgánica prevista en el apartado tercero del art. 157 de la Constitución”, y que la financiación de la Generalitat se rige por “los principios de autonomía financiera, coordinación, solidaridad y transparencia en las relaciones fiscales y financieras entre las Administraciones públicas, así como por los principios de suficiencia de recursos, responsabilidad fiscal, equidad y lealtad institucional entre las mencionadas Administraciones”. Además, el TC entiende que este precepto tampoco puede desconectarse de lo dispuesto con carácter general en el Estatuto respecto del marco de colaboración de la Generalitat con el Estado y con las restantes Comunidades Autónomas, en concreto con el art. 175.2 EAC, que dispone que “la Generalitat también colabora con el Estado mediante los órganos y procedimientos multilaterales en los ámbitos y los asuntos de interés común”. Por consiguiente, “la referencia del art. 201.3 EAC a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales en cuanto al «desarrollo del presente Título», hay que referirla al marco de coordinación y cooperación previsto por la Constitución, por lo que no significa que a aquélla le compete alcanzar los acuerdos que posteriormente determinen el desarrollo normativo o la aplicación del título VI. Dicha Comisión es un instrumento para propiciar la integración de las posiciones del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien porque los asuntos requieran un tratamiento específico, bien porque facilite la preparación de los acuerdos a adoptar en el seno de órganos multilaterales, o bien, incluso, porque permita la deliberación común sobre la aplicación en la Comunidad Autónoma de Cataluña de las decisiones o acuerdos adoptados por el Estado o por los órganos multilaterales competentes al efecto” (FJ. 131).

En cuanto al art. 201.4 EAC, el TC considera que cuando el art. 138.2 CE proclama que las diferencias entre Estatutos “no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”, no está imponiendo una absoluta homogeneidad en dichos ámbitos, ya que ello iría en contra del apartado 1 del mismo artículo, que configura el principio de solidaridad como instrumento para alcanzar un “equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español. Lo que la Constitución prohíbe son las diferencias carentes de justificación

objetiva y razonable, dando lugar a beneficios que otras Comunidades Autónomas, en las mismas circunstancias, no podrían obtener. Dado que el Estatuto somete la financiación de la Generalitat a los principios de coordinación, solidaridad, equidad y lealtad entre las Administraciones públicas (art. 201.2 EAC), “no es ilegítimo que el primer inciso del art. 201.4 EAC enuncie el principio de que la financiación de la Generalitat no suponga efectos discriminatorios para Cataluña, puesto que el mismo responde directamente, a contrario, a lo establecido en el art. 138.2 CE que [...] rechaza los privilegios económicos y sociales entre Comunidades Autónomas” (FJ. 131).

- El art. 204 EAC, destinado a regular la Agencia Tributaria de Cataluña, dispone, en su apartado 1, que “[l]a gestión, recaudación, liquidación e inspección de todos los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, así como, por delegación del Estado, de los tributos cedidos totalmente a la Generalitat, corresponde” a dicha Agencia. Por su parte, el apartado 4 establece que “[l]a Agencia Tributaria de Cataluña debe crearse por Ley del Parlamento y dispone de plena capacidad y atribuciones para la organización y el ejercicio de las funciones a que se refiere el apartado 1”. La demanda aduce, en primer lugar, la ausencia de cualquier referencia a la reciprocidad, para permitir al Estado intervenir en dicho órgano, así como la invasión de un ámbito reservado al legislador orgánico cuando atribuye las potestades autonómicas de gestión tributaria respecto a tributos estatales cedidos totalmente a la Generalitat.

Nuevamente, la Sentencia de la mayoría refuta los argumentos de los recurrentes. Por un lado, recuerda que el Tribunal ha rechazado expresamente que las relaciones entre el Estado y las CCAA puedan sustentarse en el principio de reciprocidad, dada la superioridad del Estado, a quien compete la coordinación en materia financiera. Por otro lado, recuerda que “el art. 156.2 CE prevé que «las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las Leyes y los Estatutos», y ésta es, precisamente, la previsión constitucional que concreta el artículo impugnado, al determinar que las potestades cuestionadas sean ejercidas por delegación del Estado, obviamente en los términos que éste establezca. Ciertamente la referencia que hace el precepto estatutario a la «inspección» de los tributos cedidos, no está contenida en la previsión del art. 156.2 CE de modo específico, pero puede incluirse con naturalidad en el ámbito genérico de la «gestión», que sí lo está, y así lo entiende la LOFCA (art. 19). Nótese también que el precepto no regula ni prevé la cesión de tributos, sino que tiene como objeto aquellos tributos que ya hayan sido cedidos

o los que lo sean en su momento. Por tanto, las potestades autonómicas relativas a los tributos estatales cedidos totalmente no tienen el alcance que les atribuye la demanda. Corresponde al legislador orgánico regular «el ejercicio de las competencias financieras» (art. 157.3 CE) enunciadas en el precepto estatutario y, consecuentemente, el ejercicio de las potestades autonómicas vinculadas a la cesión de tributos, las cuales serán establecidas en la correspondiente Ley de cesión con el alcance que el legislador estatal estime oportuno (disposición adicional séptima EAC). De este modo, el enunciado responde a la naturaleza propia del Estatuto como norma de cabecera del ordenamiento autonómico, que puede incluir en su seno las prescripciones generales de su autonomía financiera siempre que no menoscabe el ámbito del legislador orgánico y el marco general de coordinación y cooperación que es característico de esta materia. Así tenemos que considerar que se hace en este caso, pues el art. 204.1 EAC contiene un enunciado de principio sobre las potestades de gestión de los tributos cedidos, sin mayor especificación; enunciado que es respetuoso con la competencia originaria del Estado en materia tributaria («por delegación del Estado») y que queda sometido a lo que pueda establecerse sobre dicha delegación en la normativa estatal reguladora de la cesión”. También debe desestimarse la impugnación del art. 204.4 EAC, en la medida en que se refiere al ámbito organizativo y funcional de la Agencia, por lo que resulta instrumental del apartado 1 (FJ. 132).

- El art. 205 EAC, relativo a los órganos económico-administrativos, establece en su primer apartado que “[l]a Generalitat debe asumir, por medio de sus propios órganos económico-administrativos, la revisión por vía administrativa de las reclamaciones que los contribuyentes puedan interponer contra los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña”. Los recurrentes consideran que esta previsión normativa es inconstitucional, porque atribuye a órganos autonómicos potestades de revisión de las reclamaciones de contribuyentes que se refieran a tributos cedidos, lo que sólo puede hacer la Ley estatal que regule la cesión del tributo y, además, la LOFCA atribuye esta competencia a órganos estatales.

La Sentencia de la mayoría considera, en cambio, que “en cuanto a los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, ningún reparo de constitucionalidad suscita el precepto, puesto que la potestad revisora se inscribe en la competencia correspondiente al establecimiento de dichos tributos. En lo relativo a la revisión en vía administrativa de las reclamaciones relativas a los tributos cedidos por el Estado, el precepto tampoco incurre en inconstitucionalidad, pues no pone en cuestión el régimen jurídico de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades

Autónomas. Realmente la demanda centra su impugnación en el hecho de que la atribución a la Generalitat de modo expreso de la revisión de dichas reclamaciones «por medio de sus propios órganos económico-administrativos» se traduce en la atribución a aquélla de la revisión en la vía económico-administrativa de los tributos estatales cedidos. Pues bien, es claro que la referencia a «sus propios órganos económico-administrativos» tiene una dimensión exclusivamente autoorganizadora, sin que dicho *nomen* atraiga hacia la Generalitat cualquier competencia revisora en la vía económico-administrativa, competencia que sólo puede establecer la ley estatal; en suma, la disposición estatutaria no afecta a la competencia del Estado en el establecimiento del alcance de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en los arts. 156 y 157 CE [...], puesto que, como se acaba de señalar, dicha competencia estatal puede ejercerse de manera plena” (FJ. 133).

- El art. 206 EAC, sobre participación en el rendimiento de los tributos estatales y mecanismos de nivelación y solidaridad, establece en su apartado 3 que “[l]os recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos financieros suficientes para garantizar la nivelación y la solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado”. Los recurrentes consideran que este precepto vulnera la competencia estatal en dos planos. De un lado, la restricción de la nivelación de servicios públicos fundamentales a los de “educación, sanidad y otros servicios públicos esenciales”. De otro, el condicionamiento de la aportación de la Generalitat a la nivelación y solidaridad de las demás CCAA a que éstas “lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” al que ella misma realice.

La Sentencia de la mayoría sostiene que “[e]l primer inciso del art. 206.3 EAC salvaguarda expresamente las exigencias de la solidaridad interterritorial, reiterando lo ya dicho en el art. 206.1 EAC, por cuanto al referirse a la nivelación de servicios la expresión «servicios de educación, sanidad y otros servicios esenciales», contenida en el precepto estatutario, es equivalente a la de «servicios públicos fundamentales» a que se refiere el art. 158 CE, sin que en ningún caso pueda tener eficacia reductora desde el momento en que corresponde al Estado deter-

minar qué servicios públicos son fundamentales. Asimismo, el criterio del precepto de que dichos servicios alcancen «niveles similares en el conjunto del Estado» presupone el «nivel mínimo» en la prestación de los servicios públicos fundamentales previsto en el citado art. 158.1 CE. Hay que considerar, por último, que el inciso tercero del apartado 3 dispone que «los citados niveles serán fijados por el Estado», con lo que admite, por tanto, expresamente que es el Estado el que determina cuál es el nivel en la prestación de servicios públicos fundamentales y en la solidaridad que ha de resultar garantizado y que, en consecuencia, como prevé el precepto impugnado, los recursos de que disponga la Generalitat puedan «ajustarse» a tal fin” (FJ. 134

Sin embargo, a pesar de reconocer esta competencia estatal, el primer inciso del art. 206.3 EAC prevé que la aportación de la Generalitat a la solidaridad y a la nivelación de servicios se realizará siempre y cuando las CCAA lleven a cabo un esfuerzo fiscal similar. A juicio del TC, esta frase incurre en inconstitucionalidad. “Aunque el precepto no concreta cuál haya de ser el contenido y alcance que tenga la expresión «esfuerzo fiscal», es lo cierto que establece como exigencia para que Cataluña contribuya a los mecanismos de nivelación de servicios fundamentales y de solidaridad el que las restantes Comunidades Autónomas realicen un «esfuerzo fiscal similar» al que haga Cataluña, prescripción ésta que es determinante de la inconstitucionalidad señalada. En efecto, [...] al Estado le corresponde, ex art. 149.1.14 CE en su conexión con los arts. 138.1 y 157.3 CE, regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y a la solidaridad, lo que reconoce el propio art. 206.3, último inciso, del Estatuto. En este contexto, la determinación de cuál sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto. Se trata, en suma, de una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas, pues al hacerlo así se vulneran, a la vez, las señaladas competencias del Estado y el principio de autonomía financiera de aquéllas, autonomía financiera que el art. 156.1 CE conecta expresamente con el principio de coordinación con la hacienda estatal” (FJ. 134).

También se recurre el apartado 5 del art. 206, según el cual “[e]l 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 capita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación”. La

Sentencia de la mayoría salva la constitucionalidad de este precepto mediante una interpretación conforme a la Constitución. Señala, al respecto, que el art. 206.5 EAC ha de entenderse “como la manifestación expresa de un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial, en cuya virtud el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un «equilibrio económico, adecuado y justo» entre las Comunidades Autónomas que no perjudique a las más prósperas más allá de lo razonablemente necesario para el fin de la promoción de las menos favorecidas. De modo que la garantía del Estado a que se refiere este precepto sólo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma de Cataluña se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos. Con ese limitado alcance, así interpretado, el precepto no es contrario a la Constitución” (FJ. 134

- Del art. 210 EAC, relativo a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, se recurren sus apartados 1 y 2 a), b) y d). El apartado 1 define a la Comisión Mixta como “el órgano bilateral de relación entre la Administración del Estado y la Generalitat en el ámbito de la financiación autonómica” y, en cuanto a sus funciones, le atribuye “la concreción, la aplicación, la actualización y el seguimiento del sistema de financiación, así como la canalización del conjunto de relaciones fiscales y financieras de la Generalitat y el Estado. Para los demandantes, se infringe el principio de coordinación, al establecer un modelo de soberanía financiera compartida, es decir, un sistema de codecisión que altera el carácter exclusivo de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.14 CE

Para la Sentencia de la mayoría, en cambio, “el primer inciso del art. 210.1 EAC, que formaliza en el Estatuto la existencia de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Financieros como órgano bilateral de cooperación entre el Estado y la Generalitat en «el ámbito de la financiación autonómica», no resulta inconstitucional siempre que se interprete en el sentido de que no excluye ni limita la capacidad de los mecanismos multilaterales en materia de financiación autonómica ni quebranta la reserva de Ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE y las consiguientes competencias estatales” (FJ. 135).

También se recurre, sobre la base de los mismos argumentos, la constitucionalidad del art. 210, apartado 2, que dispone que se decidirá de forma bilateral entre el Estado y la Generalitat, en el marco de dicha Comisión Mixta, la determinación del alcance y condiciones de la cesión

de tributos y los porcentajes de participación en el rendimiento de los tributos cedidos parcialmente a la Generalitat (letra a), la contribución de la Generalitat a la solidaridad y a la nivelación de servicios públicos fundamentales (letra b) y el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos (letra d).

De nuevo, el TC entiende que “las letras del apartado 2 se limitan a fijar un marco bilateral de negociación y de formalización de acuerdos que complementa, sin cuestionarlo, el procedimiento general de toma de decisiones en el seno del órgano multilateral de colaboración y coordinación” en materia de financiación autonómica, por lo que no se afecta “a la reserva de Ley Orgánica prevista en el art. 157.3 CE, ni se sustituyen, impiden o menoscaban el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias” (FJ. 135).

- De la disposición adicional séptima, sobre relación de tributos cedidos, se impugna su último párrafo, según el cual, [e]l alcance y condiciones de la cesión se establecerán por la Comisión Mixta a que se refiere el art. 210, que, en todo caso, lo referirá a rendimientos de Cataluña. El Gobierno tramitará el Acuerdo de la Comisión como Proyecto de Ley. Los recurrentes achacan, una vez más, el establecimiento de un sistema bilateral paccionado contrario al art. 149.1.14 CE, argumento que es rechazado por la Sentencia de la mayoría, “puesto que únicamente configura un procedimiento para la formalización en un marco de relaciones bilaterales de las decisiones que sobre la cesión de tributos estatales se hayan adoptado en el seno del órgano multilateral (Consejo de Política Fiscal y Financiera). En cuanto a su tramitación como proyecto de ley, constituye una garantía procedimental que no impide, limita ni menoscaba la potestad legislativa plena que, de acuerdo con el art. 66.2 CE, ejercen las Cortes Generales” (FJ. 136)

- Las disposiciones adicionales octava, novena y décima, prevén la cesión de determinados impuestos especiales a la Comunidad Autónoma de Cataluña, estableciendo en todos los casos que “[el] primer Proyecto de Ley de cesión de impuestos que se apruebe a partir de la entrada en vigor del Estatuto contendrá, en aplicación” de la disposición adicional séptima, determinados porcentajes de cesión de su respectivo rendimiento.

El TC recuerda que “el fenómeno de las «normas estatutarias que imponen la elaboración de un proyecto de Ley o de Decreto-ley sobre el alcance y condiciones de las cesiones de tributos prescritas en el correspondiente Estatuto... entronca con un principio inherente de colabora-

ción y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve respecto a la puesta en marcha del Estado de las Autonomías» (STC 181/1988, de 13 de octubre, F. 4) y, en las circunstancias del momento presente, para la puesta en funcionamiento del nuevo régimen estatutario y sus consiguientes necesidades de financiación. Pero también hemos dicho que importa subrayar que «se trata de una especialidad procedimental que afecta al trámite previo de la iniciativa legislativa, referida a un proyecto que se tramitará después en las Cortes como Ley ordinaria» (loc. cit.), sólo admisible, por tanto, desde el absoluto respeto a la potestad legislativa del Estado que ejercen las Cortes Generales (art. 66.2 CE) y que únicamente puede traducirse en el compromiso de la Generalitat y el Gobierno a acordar en Comisión Mixta —con sujeción a lo dispuesto en el marco de la cooperación multilateral y al ejercicio de las facultades de coordinación que competen al Estado en materia financiera— la elaboración y el contenido de un proyecto de ley ordinaria cuya sustanciación como expresión de la voluntad legislativa depende de la plena libertad de las Cortes Generales” (FJ. 137). Si se interpretan en esos términos, las disposiciones adicionales octava, novena y décima del EAC no son contrarias a la Constitución.

- Finalmente, la disposición adicional tercera, apartado 1, establece que “[l]a inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas”. A juicio de los recurrentes, este compromiso presupuestario, además de vincular indebidamente a las Cortes Generales en el ejercicio de su competencia en virtud del art. 134.1 CE, supone un privilegio económico contrario a la Constitución (art. 138.2 CE) e incompatible con la asignación y redistribución equitativas de la riqueza nacional entre los distintos territorios (arts. 21.2, 40.1, 131.1 y 138.1 CE).

La Sentencia de la mayoría no acepta que esta disposición sea expresiva de un privilegio económico fundamentalmente porque carece de efectos vinculantes para el Estado. “[N]o puede admitirse que la disposición adicional tercera, apartado 1, vincule a las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones de examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, pues respecto de este tipo de compromisos presupuestarios formalizados en un Estatuto de Autono-

mía hemos dicho que no constituyen «un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico», pues es al Estado «a quien corresponde en exclusiva, atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada una de éstas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE (hacienda general)”. De la afirmación de la legitimidad constitucional de un mecanismo excepcional de financiación no cabe concluir la consecuencia de que el Estado deba, necesariamente y en todo caso, dotar una concreta partida presupuestaria si no se ha alcanzado al efecto acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma en el seno de la Comisión Mixta, correspondiendo al Estado adoptar la decisión de establecer dicha dotación, si bien su actuación debe estar presidida por el principio de lealtad constitucional (FJ. 138).

B) En el capítulo III:

- Se recurre, en primer lugar, el art. 218, apartados 2 y 5. El primer inciso del apartado 2 atribuye a la Generalitat una competencia genérica en materia de financiación local que deberá ejercerse en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, por lo que el TC no aprecia reparo de constitucionalidad alguno. No obstante, el segundo inciso del apartado 2 recoge la posibilidad de que la competencia autonómica en materia de financiación local incluya la capacidad para establecer y regular los tributos propios de las entidades locales. Según la demanda, este precepto atenta contra la autonomía municipal y contra el núcleo central de la suficiencia financiera de los municipios, considerando asimismo que la competencia legislativa plena de la Generalitat vulnera la reserva de Ley del Estado.

La Sentencia de la mayoría rechaza las denuncias de vulneración de la autonomía municipal y la suficiencia financiera de las entidades locales, “puesto que no hay razón alguna para entender que la hipotética atribución de potestad legislativa a la Comunidad Autónoma sobre los tributos locales, en sí misma considerada, produzca la privación de recursos suficientes a los entes locales; antes al contrario, el propio Estatuto, en su art. 217 EAC, que no ha sido impugnado, establece una norma opuesta a esa eventualidad, al imponer a la Generalitat la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los principios de autonomía y suficiencia de recursos de las haciendas locales”. Ahora bien, el TC sí aprecia la vulneración de la reserva de ley estatal, pues “según resulta

de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, «cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución», potestad normativa que tiene su anclaje constitucional «en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, F. 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales. Cuestión distinta, ajena además a la norma cuestionada, es que la Comunidad Autónoma pueda ceder sus tributos propios a las corporaciones locales de su territorio, como tiene reconocido nuestra doctrina”. Por consiguiente, el segundo inciso del art. 218.2 EAC («Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales») es declarado inconstitucional.

También se recurre el art. 218.2, tercer inciso, que incluye, dentro de las competencias de la Generalitat en materia de financiación local, la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat. Los recurrentes consideran que este precepto atribuye a la Generalitat la posibilidad de distribuir tanto las participaciones de los entes locales en los tributos del Estado, como las subvenciones incondicionadas procedentes del mismo, vulnerando la competencia del Estado en la materia e instaurando una especie de tutela financiera sobre los entes locales contraria a su suficiencia financiera. A este respecto, el TC entiende que, aunque de la literalidad del precepto así parezca desprenderse, su consideración sistemática “muestra que sólo atribuye a la Generalitat tal competencia en relación con los recursos establecidos por la propia Comunidad Autónoma en su presupuesto, dado que esta facultad, al igual que las demás que se incluyen en el art. 218.2 EAC, la ostenta «en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado», según dispone su primer inciso. Ello conduce necesariamente a que la competencia autonómica queda circunscrita, exclusivamente, a la fijación de los criterios de distribución de las participaciones de los entes locales en los ingresos propios de la Generalitat, así como de las subvenciones incondicionadas que ésta decida otorgar, respetando necesariamente las competencias del Estado para fijar los criterios homogéneos de distribución de los ingresos de los entes locales consistentes en participaciones en ingresos estatales [STC 331/1993, F. 2.B)]. Este criterio se ve avalado, además, por lo dispuesto en el art. 219.2 EAC, que ordena que la distribución de los ingresos locales consistentes en participaciones

en tributos y subvenciones incondicionadas estatales se haga por la Generalitat «respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia» lo que permite descartar también el reproche de que por esta vía se establecería una suerte de indebida tutela financiera de la Generalitat sobre los entes locales” (FJ. 140).

Por su parte, el apartado 5, del mismo art. 218 EAC, que atribuye a la Generalitat la tutela financiera sobre los gobiernos locales, con respeto de la autonomía reconocida en la Constitución es objeto de impugnación porque, a juicio de los recurrentes, dicha tutela sustituye la tutela financiera del Estado por la de la Comunidad Autónoma y resulta contraria a la autonomía municipal al omitir que debe sujetarse a la Ley estatal. Sin embargo, el TC entiende que este precepto “no incurre en inconstitucionalidad, puesto que hemos calificado de innegable «que Cataluña ha asumido la competencia de tutela financiera sobre los entes locales, con el límite de la autonomía local y el respeto a las bases que dice el art. 149.1.18» [SSTC 57/1983, de 28 de junio, F. 5, y 233/1999, de 16 de diciembre, F. 4 c), entre otras muchas]”. Además, “la omisión de la referencia a la Ley estatal en el art. 218.5 EAC no puede entenderse como un desconocimiento de las competencias del Estado del art. 149.1.18 CE, dada la previsión del apartado 2 del propio artículo que, según se ha señalado, atribuye a la Generalitat competencia en materia de financiación local «en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado», previsión a la que queda también sometida, como es obvio, la tutela financiera sobre los gobiernos locales a que se refiere este apartado 5” (FJ. 140).

- Del art. 219 EAC, se impugnan los apartados 2 y 4. De un lado, el apartado 2 atribuye a la Generalitat la facultad de distribuir los ingresos de los gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de haciendas locales de Cataluña y con los criterios establecidos por el Estado; y, de otro, exige, exclusivamente con relación a las subvenciones incondicionadas, que los criterios que el Estado fije para su distribución permitan un margen de decisión al Parlamento catalán para atender a la singularidad del sistema institucional de Cataluña. El apartado 4 profundiza en la forma de llevar a cabo la distribución de recursos procedentes de subvenciones incondicionadas o de participaciones genéricas en impuestos. Los recurrentes entienden que estos preceptos suponen una vulneración de la autonomía de los entes locales (art. 140 CE) y de las competencias atribuidas exclusivamente al Estado por el art. 149.1.14 y 18 CE.

El TC observa que el primer inciso del art. 219.2 EAC expresa el respeto a los criterios de distribución de los ingresos de los gobiernos locales establecidos en la legislación estatal, por lo que no es inconstitucional. En cuanto a que el Parlamento debe poder “incidir en la distribución de los recursos” de dichos gobiernos locales “con el fin de atender a la singularidad del sistema institucional de Cataluña a que se refiere el artículo 5 de este Estatuto”, el TC considera que “hay que vincularla, al menos, a la «peculiaridad catalana», que hemos reconocido en la STC 109/1998, de 21 de mayo, en virtud de la cual el Parlamento de Cataluña puede aprobar un plan de apoyo a los municipios de Cataluña que integre en su seno legítimamente una parte de los recursos que las Diputaciones provinciales destinan a obras y servicios municipales, si bien, para garantizar la autonomía de las Provincias, sus Diputaciones han de participar en la elaboración de dicho plan (F. 7). Por tanto, la incidencia a que se refiere el precepto ha de entenderse circunscrita en su alcance a la fijación de esa planificación, en la que las Diputaciones catalanas han de integrar una parte de la financiación recibida, sin que pueda alterar los criterios fijados por el Estado para la distribución de las subvenciones incondicionadas entre las Provincias de Cataluña” (FJ. 141). En cuanto al art. 219.4 EAC, el TC entiende que “ninguna objeción existe desde un punto de vista constitucional” para que la Generalitat “organice el ejercicio de sus competencias de acuerdo con criterios que resultan constitucionalmente irreprochables” (FJ. 142).

Obsérvese, en definitiva, que la Sentencia de la mayoría sólo declara inconstitucionales determinados incisos del art. 206.3 (“siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal similar”) y del art. 218.2 (“puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales”), y somete a interpretación conforme a la Constitución el resto de preceptos impugnados de los capítulos I y III del Título VII. No obstante, algunos magistrados del TC han presentado votos particulares en relación con las impugnaciones referentes al Título VI, en las que, a grandes rasgos, se aprecia que, buena parte de los preceptos cuya constitucionalidad se ha salvado, vulneran la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general, y, particularmente, el ámbito de la reserva de Ley Orgánica establecido en el art. 157.3, estableciendo condicionamientos que pueden limitar la libertad de configuración del legislador estatal, lo que les lleva a mostrar su disconformidad con la forma en la que la mayoría lleva a cabo la interpretación conforme. En este sentido, en el voto particular formulado por don Vicente Conde Martín de Hijas, se considera un error afirmar que “el precepto estatutario de que se trate en cada caso viene condicionado en su validez por las normas a que remite, en vez de considerar que

establece un imperativo inmediatamente eficiente, condicionante de la validez de las normas, que no pueden desconocer lo que el precepto estatutario ordena”.

II. ELEMENTOS Y CATEGORIAS TRIBUTARIOS

I. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA RELATIVO AL CARÁCTER INTERRUPTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA DE LOS ACTOS POSTERIORMENTE ANULADOS. NO OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS REQUERIDOS POR ESTA CLASE DE RECURSO. VOTO PARTICULAR

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2010

El interés que suscita el presente pronunciamiento viene tanto por la vía de la cuestión que en el mismo se dirime, cual es el carácter interruptivo de la prescripción tributaria de los actos administrativos de aplicación del tributo que resulten posteriormente anulados como, sobre todo, por la relevancia de la doctrina que se contiene en el voto particular de la Sentencia comentada en relación con dicho objeto.

Siendo esto así, el Tribunal Supremo, tras analizar los requisitos exigibles para la interposición del recurso de casación para la unificación de criterio (tal como es habitual en esta clase de pronunciamientos) y siendo éstos, en resumen, la concurrencia de las tres identidades, la subjetiva, la objetiva y la de fundamento, entiende que “a pesar de la verificación de contradicción entre las sentencias aportadas de contraste y la ahora impugnada, ésta sin embargo alberga la doctrina correcta sobre la cuestión litigiosa, sin que pueda imputarse infracción legal alguna a sus razonamientos” (FJ. 4º), razón por la cual llega a la desestimación del recurso.

“Doctrina correcta” que se reconduce a entender, en síntesis, que la anulación de la comprobación de valores “no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económico-Administrativos” (STS de 19 de abril de 2006), -FJ. 4º-.

Línea jurisprudencial, en referencia a la cual, en el voto particular se afirma significativamente que, precisamente, “el presente recurso de casación era el apropiado para revisar la doctrina de esta Sección”. Y ello porque, no solamente se aportan sentencias de contraste de Tribunales Superiores de Justicia sino porque también se aporta como contradictoria la Sentencia de la Sección 4ª de esta Sala, de 29 de septiembre de 2004. Voto, en efecto, que defiende la doctrina de que únicamente debe tener fuerza interruptiva de la prescripción tributaria el acto válido, sin que deba mantenerse la distinción entre la categoría de actos nulos y de actos anulables, llegándose a esta conclusión en base a dos consideraciones, fundamentalmente.

En primer lugar, el Magistrado entiende que del silencio normativo (tanto en el ámbito fiscal como en el administrativo) sobre los efectos que comporta la anulación de un acto administrativo, bien por la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, se deduce la “irrelevancia” del grado de invalidez del acto a efectos de la interrupción de la prescripción, “pues en ambos casos estamos ante actos inválidos que no pueden producir efecto alguno”. Se señala, en segundo lugar, que lo que distingue al acto nulo del meramente anulable es que “este último mantiene su eficacia si el interesado no reacciona frente al mismo, pero si se impugna y el recurso es estimado el acto anulatorio priva de todo efecto al acto anulado, por lo que no puede interrumpir la prescripción ni el acto nulo ni el anulable”. Ideas a las que se añade, en último término, que el legislador tributario considera en determinados supuestos que los actos anulables no interrumpen la prescripción, tal como sucede, por ejemplo, en las actuaciones realizadas en procedimientos caducados, a que se refiere el art. 104.5 de la vigente LGT.

2. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. DOS RESOLUCIONES PARTEN DE LA MISMA PREMISA, ESTO ES, LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA COMPROBACIÓN DE VALORES LLEGANDO, SIN EMBARGO, A RESULTADOS DISTINTOS. VOTO PARTICULAR

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2010

En el caso de autos, nos encontramos ante dos sentencias que llegan a conclusiones idénticas, siendo ésta la anulación de la correspondiente liquidación controvertida en base a la insuficiente motivación de la comprobación de valores realizada por la Administración. Motivación

de las comprobaciones de valores, en relación con lo cual, es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1999, que se trae a colación en este caso (FJ. 3º).

Pues bien, dándose, a juicio del Tribunal Supremo, identidad en los hechos, fundamentos y pretensiones (siendo ello, precisamente, lo que justifica la interposición y consiguiente admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina), existe diferencia entre los fallos de ambas sentencias. Así, mientras el pronunciamiento impugnado, “aplicando una consecuencia de nulidad contraria a la jurisprudencia de esta Sala” (FJ. 3º) se excede en su competencia al confirmar la autoliquidación realizada por el sujeto pasivo olvidando, por tanto, que la Administración está expresamente facultada por la jurisprudencia para dictar un nuevo acto en sustitución del anulado, la sentencia de contraste (acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, vertida en la Sentencia 29 de diciembre de 1988), mantiene que la anulación de un acto administrativo no significa en absoluto que se extinga o decaiga el derecho de la Administración a retrotraer actuaciones y a volver a actuar, respetando ahora las formas y garantías de los interesados estando la Administración, no solamente facultada para dictar uno nuevo en sustitución del anulado, sino que se encuentra obligada a ello en defensa del interés público y de los derechos de la Hacienda.

Pronunciamiento que cuenta, además, con el interés que siempre supone la existencia de un Voto Particular cuyo eje se centra en la “falta” de “la preceptiva identidad de los hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia impugnada y la de contraste”, condiciones para que el recurso interpuesto resulte admisible. Se señala, en concreto, que “en momento alguno se discutió en el proceso en que se dicta la sentencia recurrida la procedencia o no de mantener la autoliquidación presentada (...) por lo que el Tribunal de instancia no estaba obligado, en este caso, a examinar la manera en que debía ejecutarse la sentencia, máxime cuando la parte no había interesado la confirmación de la autoliquidación presentada”. En cambio, prosigue el Magistrado, “la sentencia de contraste fue distinta, al sustentarse directamente por la parte recurrente las consecuencias de la anulación de las comprobaciones de valores por la falta de motivación”.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. CESIÓN DE DATOS POR LA AEAT. CARÁCTER FINALISTA

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009

El Tribunal Supremo resuelve en este asunto un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que traía causa en la impugnación de una Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos que se sostiene en la infracción de los arts. 11 y 113 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal (LPD) pero con dos alegatos diferentes.

El primer motivo de casación alegado se formula alegando la carencia de personalidad jurídica de los órganos administrativos y la cesión de datos que ampara la norma legal que se refiere a las Administraciones Públicas y no a los órganos de las mismas, entendiéndose que la cesión de datos realizada se trata de una actuación voluntarista que sobrepasa las exigencias normativas sin justificación razonable.

No obstante, el Tribunal rechaza de plano tal argumentación señalando que la Ley de Protección de Datos atribuye al interesado el derecho a obtener información de las “comunicaciones realizadas” de sus datos de carácter personal (art. 15 LPD), cuyo alcance permite precisar la identificación del destinatario de la comunicación o cesión de los datos siempre que la cesión esté autorizada por una ley, tal y como ocurre en virtud del art. 113 LGT. Sin embargo, dicha cesión no es “una cesión incondicional, sino que tiene un carácter finalista en cuanto la cesión ha de producirse a “efectos de cumplimiento de las obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias””, de manera que no siendo la comunicación incondicional la concreción de identificación del cesionario, en su caso el órgano administrativo, puede constituir un elemento necesario de la información a efectos de comprobar la adecuación a la ley de la cesión de datos. Por tanto, la interpretación de la Audiencia Nacional, a juicio del Tribunal Supremo, es razonable y correcta, sin que quede desvirtuada por la falta de personalidad jurídica de los órganos administrativos, pues “lo determinante para enjuiciar la legalidad de la comunicación de datos es el destino al cumplimiento de los fines establecidos” (FJ 2º).

El segundo motivo de casación se funda en la necesidad de justificación de la finalidad de las cesiones, estimando que no es suficiente señalar que se trata de impuestos cedidos que no tendrían relación con las cesiones de datos a las entidades locales y los datos de que se dispone en relación con el IVA y que, por otro lado, la identificación del fichero cedido sea una decisión meramente voluntarista. Asimismo, el Tribunal rechaza también este segundo motivo de casación fundamentalmente porque “el alcance de la habilitación legal contenida en el art.113 de la Ley General Tributaria, en relación con el art. 11 de la LOPD, (...) viene condicionada al cumplimiento de los fines legalmente previstos, en este caso exigencia de las obligaciones fiscales del interesado en el ámbito de la administración cesionaria, cuyo control por el titular de los datos, a través de la información que puede exigir al respecto, justifica la interpretación de la norma efectuada en la instancia”.

2. NOTIFICACIÓN. VINCULACIÓN ENTRE ENTIDADES CON IDÉNTICO DOMICILIO

Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 2010

El objeto del presente pronunciamiento resuelve un recurso contencioso-administrativo que trae causa en la alegada práctica de una notificación tributaria defectuosa por haber sido entregada a un empleado de una sociedad que no es la reclamante.

En su momento, el TEAC desestimó la reclamación económico-administrativa por considerar que la notificación practicada por el Agente Tributario se ajustaba a lo establecido en el art.105 de la antigua LGT de 1963 aplicable y a la finalidad del acto de notificación. Adicionalmente, argumenta el TEAC que ambas sociedades comparten un mismo domicilio social, y que la sociedad demandante forma parte del grupo de una de ellas, siendo lo razonable que no exista más que un servicio de recepción para las dos empresas.

No obstante, frente a tal argumentación, la empresa hace hincapié en el hecho de que la vinculación entre las dos compañías implicadas no permite prescindir de los requisitos formales de las notificaciones, máxime si se tiene presente que la institución de la notificación debe serse rodeada de las más estrictas garantías para evitar cualquier situación de indefensión y preservar el derecho de defensa.

Pues bien, la Audiencia Nacional trae a colación la nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión, destacándose la subordinación de la forma al valor jurídico de la institución de la notificación, pues “los requisitos formales valen en cuanto incorporan y garantizan los derechos materiales”. Y específicamente, en un supuesto similar al planteado ahora se señala que la STS de 25 de abril de 2000 otorgó validez a la notificación que se había practicado en el registro general de una entidad matriz, aun cuando el procedimiento se seguía frente a una de sus filiales, con la que compartía el mismo domicilio.

Sin embargo, la Audiencia no permite extrapolar conclusiones al respecto de otros supuestos de hecho similares y atiende a la circunstancia de que la práctica de la notificación se llevó a cabo en el domicilio de una entidad distinta de la que era destinataria de la misma, sin que conste la razón que justifique dicha notificación. Por tanto, esta situación lleva a estimar que “la notificación no se efectuó de forma correcta y no ofrece garantías de que pudiera llegar a su destinatario en tiempo y forma, permitiéndole su íntegro y completo conocimiento, y posibilitando a su vez el recurso o reclamación frente al mismo” (FJ 3º).

Asimismo, consta la eficacia que anteriores actuaciones habían surtido aun habiendo sido notificadas a la otra empresa vinculada, lo cual probaba que llegaron a su destinatario correcto. Pues bien, a juicio de la Audiencia Nacional lo anterior no supone más que una notificación defectuosa que lleva tener efectos limitados, que sólo llega a subsanarse en el momento en que el destinatario se da por enterado al interponer el recurso. Todo ello, evidencia que la Audiencia Nacional mantiene un criterio restrictivo que, en la misma línea seguida por el Tribunal Supremo, no hace sino hacer preponderar los criterios formales en la práctica de la notificación, y que pone en tela de juicio su adherencia a la eficacia en la garantía de derechos materiales.

3. COMPROBACIÓN DE VALORES. DIFERENCIAS ENTRE EL VALOR CONTABLE Y EL VALOR DECLARADO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 11 de marzo de 2010

El asunto en cuestión aborda la litigiosa cuestión de los métodos de comprobación de valor utilizados en la comprobación que lleva a la determinación de la base imponible del ITP. En concreto, el supuesto de hecho consiste en la transmisión de una oficina de farmacia de un padre a su hijo, que es objeto de valoración por la Inspección.

El demandante no se opone a la completa y exhaustiva valoración que se contiene en el informe valorativo, de mayor precisión y acercamiento al valor real, que la simple referencia al valor contable que se hace en el documento privado de compraventa. Respecto al método de comprobación resulta ser, entonces, adecuado para este tipo de negocios.

Ahora bien, el Tribunal advierte que entre el valor declarado y el valor comprobado existe una notable diferencia que justifica que tan notoria desproporción entre las prestaciones recíprocas, en base al principio de calificación, determine la procedencia de gravar por el Impuesto sobre Donaciones, como donación onerosa, el exceso que se haya producido entre ambos valores (el valor comprobado y el declarado), manteniendo la tributación por la modalidad de transmisión patrimonial onerosa en cuanto al valor coincidente. Esta doble tributación viene avalada por el principio de calificación del negocio jurídico.

IV. INSPECCIÓN

1. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN: DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS.

Sentencia de 3 de diciembre de 2009 del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En la presente sentencia, la Sala trata de dilucidar si la Inspección de los Tributos en el curso de las actuaciones inspectoras incurrió en desviación de poder, al haberse excedido en sus funciones, colaborando en la investigación penal que se estaba llevando a cabo por los órganos judiciales y desarrollando las actuaciones inspectoras relativas al contribuyente de forma paralela en el tiempo con los procesos judiciales contra el sujeto cuya situación tributaria estaba siendo objeto de comprobación e investigación.

Pues bien, a este respecto, la Sala entiende que a tenor de lo dispuesto en los artículos 112 y 113 de la Ley 230/1963, General Tributaria, las actuaciones de colaboración desarrolladas y los flujos de información suministrada en ambos sentidos entre la Inspección Tributaria

y los órganos jurisdiccionales se han llevado a cabo de modo adecuado y acorde con la legalidad vigente, sin que resulte posible apreciar en dichas actuaciones un ánimo o finalidad distinta de aquella que pretende la norma que justifique la existencia de de desviación de poder, sin que, la coincidencia temporal de la comprobación inspectora con el proceso judicial tampoco constituya indicio alguno de la pretendida desviación de poder.

V. RECAUDACION

I. ALCANCE DE LA NULIDAD DE LA PROVIDENCIA DE APREMIO EN UN SUPUESTO EN QUE LA ENTIDAD DEUDORA SE ENCONTRABA SUJETA A LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO VOLUNTARIO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de mayo de 2010

El eje en torno al cual gira el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Navarra se incardina en el examen del alcance de la nulidad de la providencia de apremio en el caso concreto de que la entidad apremiada se halle bajo los efectos del concurso voluntario. Nulidad que se aplica *ex art.* 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal.

En efecto, y quedando sentado que la deudora efectuó el pago correspondiente (principal y recargo), tras la notificación de la providencia de apremio con la finalidad, entre otras, de acogerse al recargo reducido por pronto pago, evitar el devengo de intereses de demora y obtener, en su momento, el posible aplazamiento de dicho débito y habiendo recurrido, además, dicho acto en reposición, parece cierto, según se afirma en la sentencia, que “si con posterioridad se estimara su pretensión, le sería devuelto el importe pagado junto con los correspondientes intereses de demora a su favor” (FJ. 3º).

Pues bien, encontrándose la entidad bajo los efectos del concurso voluntario, y siendo nulo el acto de apremio, únicamente se produce la devolución del recargo, con retención del principal apremiado. Situación que, como bien se indica en la sentencia, “no cumple las exigencias de

una nulidad de pleno derecho que, por definición, alcanza a todas las consecuencias derivadas del acto nulo (...) y no satisface tampoco los derechos e intereses del deudor perjudicado por él, por cuanto, al tener por válido y definitivo el pago del principal adeudado, le impide instar el aplazamiento que –como en el recurso de reposición ya anunció- se proponía y propone solicitar” (FJ. 3º).

Razonamiento al que el Tribunal añade más adelante, de modo aclaratorio, a nuestro juicio, que “la pretensión de la demanda no supone una negación de la deuda que motivó el apremio anulado, pues con el anuncio del propósito de solicitar su aplazamiento se está reconociendo su certeza y exigibilidad”, afirmando, además, que “la estimación de la devolución pretendida en absoluto va a impedir, una vez extinguidos los efectos de la declaración de concurso, el apremio de la deuda subsistente, ni su realización patrimonial, si es que el aplazamiento del pago no se solicita o concede, o el abono de su importe no se produce” (FJ. 3º).

Pronunciamiento, finalmente, en el que se echa de menos, desde nuestro punto de vista, una mayor profundización por parte del Organo juzgador en relación con las consecuencias de la nulidad de pleno derecho del acto dictado en el presente supuesto por parte de la Administración tributaria.

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN. PROCESO PENAL. «NE BIS IN IDEM»

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2010

Como antecedentes fácticos del pronunciamiento que nos ocupa, consideremos los siguientes: 1) el 18 de julio de 1997 la Inspección tributaria extiende un acta de disconformidad que contempla tanto la regularización del contribuyente en cuestión (luego recurrente en casación ante el Supremo) como la sanción del mismo; 2) el 10 de noviembre de ese año el inspector jefe acuerda la paralización del expediente administrativo, como consecuencia de una querrela por prevaricación

interpuesta por el contribuyente contra el inspector actuario; 3) el 24 de diciembre de 1998 se ordena el archivo de la causa penal, lo que da lugar posteriormente a la reanudación de las actuaciones administrativas; 4) el 21 de junio de 1999 el inspector jefe dicta el correspondiente acto de liquidación tributaria; y 5) el 30 de julio de 1999 se acuerda jurisdiccionalmente el inicio de actuaciones penales para determinar si el contribuyente pudiera haber incurrido en delito fiscal, actuaciones que terminarán con un auto de sobreseimiento (ratificado por otro posterior).

Pues bien, en el contexto fáctico descrito, el Alto Tribunal aborda las siguientes cuestiones: a) «la imposibilidad de que, a la luz del art. 77.6 de la Ley General Tributaria [de 1963], se tramite un procedimiento de inspección tributaria mientras siga abierta una causa penal destinada a determinar si el sujeto pasivo ha incurrido en responsabilidad de esa clase por los hechos que comprueba la Administración»; b) «la vulneración del principio *ne bis in idem*, en su dimensión procesal, en el caso de que tal simultaneidad tenga lugar»; y c) «la infracción del art. 24.1 de la Constitución, en relación con el 25.1 del mismo texto fundamental, cuando [...] en la vía administrativa se llega a conclusiones de hechos diferentes a las sentadas en la investigación penal».

Por lo que respecta a la primera de esas tres cuestiones, el Supremo determina que «en ningún momento se desarrollaron actuaciones administrativas estando en marcha la investigación penal, habiendo concluido aquéllas antes de que se incoaran las segundas diligencias previas» (incoación que se acordó el 30 de julio de 1999).

En cuanto a una posible vulneración de principio *ne bis in idem*, establece el Tribunal que, «con independencia de que en el supuesto analizado la Administración dictó el acto de liquidación antes de que se iniciara la instrucción penal» por presunto delito contra la Hacienda Pública, «difícilmente cabe hablar de una duplicidad de castigos cuando la jurisdicción criminal no ha impuesto ninguno».

Finalmente, el Supremo rechaza que en el supuesto enjuiciado exista una contradicción en cuanto a los hechos considerados en sede penal, de un lado, y administrativa, de otro. Para el Tribunal, en el caso de autos no plantea discrepancia la fijación de unos hechos sino su calificación jurídica; en definitiva, el juez de instrucción estima que el sujeto pasivo tributaba conforme al criterio de caja, «análisis valorativo de unas mismas circunstancias fácticas que no vincula el posterior a realizar por la Administración, pues el principio *ne bis in idem* no impide

que el órgano administrativo haga una calificación jurídica diferente» de los mismos hechos.

2. INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS. «ESTATUTO DEL CONTRIBUYENTE». ACCIÓN SANCIONADORA. PRESCRIPCIÓN. RETROACTIVIDAD

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2010

Como es sabido, la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, introduce el plazo general de prescripción tributaria de cuatro años. Nos recuerda el Supremo que «en todos los casos en que el 1 de enero de 1999 (fecha de entrada en vigor del nuevo plazo –*Disposición final séptima* [...]–) hubiera transcurrido el plazo de cuatro años contado desde el “dies a quo”, la prescripción se habrá producido, precisamente el 1 de enero de 1999, y en aquéllos que hubiera transcurrido un plazo menor prescribirá el derecho cuando después de esta fecha se cumpla el plazo de cuatro años, contados obviamente desde el “dies a quo”. Sin embargo, si el mencionado período temporal de inactividad administrativa ha concluido antes del 1 de enero de 1999, el plazo prescriptivo aplicable es el anteriormente vigente de 5 años y el régimen imperante es el existente antes de la citada Ley 1/1998». La Sentencia en cuestión se reafirma en «la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo» y, sobre la base de esa valoración, concluye que «la retroactividad establecida en el art. 4.3 de la Ley 1/1998 [“las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado”] es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas».

Subrayamos que, en el caso de autos, el Abogado del Estado insta al Tribunal Supremo a que establezca la siguiente doctrina (reproducimos texto literal de la Sentencia): «Los expedientes administrativos dirigidos a la investigación, comprobación o liquidación de hechos imponibles, que tuvieran efectos interruptivos de la prescripción, según la normativa entonces vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/1998 [...], extienden estos efectos interruptivos de la prescripción respecto de la acción sancionadora hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley 1/98, sin que pueda determinarse una prescripción separada de la acción sancionadora, sino desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998». En definitiva, la Abogacía del Estado denuncia que, «obligar a

abrir expedientes sancionadores separados respecto de los expedientes previos de comprobación y liquidación, generaría la prescripción de numerosos procedimientos que, de acuerdo con la legislación entonces vigente, venían siendo tramitados conjuntamente en sus aspectos de liquidación de cuota tributaria y de sanciones». Pero, por las razones anteriormente expuestas, el Supremo rechaza los argumentos y la pretensión del Abogado del Estado.

3. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. RESPONSABILIDAD CIVIL «EX DELICTO»

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010

Partiendo de que «el contribuyente por el IRPF puede optar por realizar una declaración conjunta o una declaración separada, con independencia de que su régimen legal matrimonial sea el de gananciales o de que lo sea cualquier otro», y considerando además que «la responsabilidad civil a la que debe hacer frente el condenado por la comisión de una infracción penal, es la que se derive de la referida infracción», el Supremo se pronuncia acerca de la cuantía que ha de corresponder a la responsabilidad civil «*ex delicto*» en el caso de autos.

La sentencia dictada en la instancia «considera que el recurrente es responsable de un solo delito fiscal referido tanto a la declaración firmada por él como a la firmada por su esposa, al haber optado ambos por la declaración separada o independiente». Subrayamos que la instancia no aprecia responsabilidad penal de la mujer. Dicho de otro modo, la sentencia impugnada ante el Supremo entiende que el recurrente no ha sido inductor de un hipotético delito fiscal que correspondería atribuir a su esposa, sino que habría incurrido en un único delito de defraudación tributaria, imputable sólo a él, pero relativo a su propia declaración y a la firmada por su mujer.

Declara el Tribunal Supremo que, «excluido [en la sentencia recurrida] el acuerdo entre ambos al negar responsabilidad penal a la esposa, ni en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica se afirma que el recurrente indujera, obligara o engañara a su esposa en la confección de la autoliquidación del IRPF». En la sentencia impugnada «no resultan del hecho probado los datos necesarios para establecer la existencia de una inducción a un delito cometido libremente por su esposa, o una autoría mediata en caso de que aquélla fuera solamente un instrumento del verdadero autor». Concluye el Alto Tribunal: «Siendo

así, es claro que la responsabilidad civil debe alcanzar al total de la defraudación realizada por el recurrente, pero no a la que realizó su esposa, cuya libertad al confeccionar su propia declaración fiscal no se cuestiona en la sentencia. La responsabilidad civil por esa cuantía resultaría de la existencia de la inducción o de la autoría mediata, que no se afirman en la sentencia». El Supremo dispone, por tanto, que la indemnización y la multa impuestas deben reducirse «a los términos derivados de la minoración que resulta en la cuota defraudada», cuota que se refiere solamente a la declaración del marido.

4. INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS. RESPONSABILIDAD. INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LA NORMA

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010

La Administración tributaria sanciona a cierta entidad en materia de imposición societaria, haciendo especial hincapié en su carácter de «gran empresa». La Sentencia que ahora nos ocupa reproduce determinados fragmentos del Acuerdo dictado por la Inspección en el asunto de referencia (Acuerdo de 30 de abril de 1998); en él se lee que la obligada tributaria «dispone de medios materiales y técnicos (también en cuanto al asesoramiento jurídico y contable) que están muy por encima de los que podríamos considerar normales en una empresa media»; sin embargo, la entidad en cuestión habría incurrido en determinadas irregularidades (deducción de ciertas cantidades que no contaban con el necesario respaldo documental, cómputo de retenciones como gastos, incumplimientos normativos en materia de imputación temporal y, señaladamente, incumplimientos en el ámbito de los incrementos de patrimonio referidos a permutas). Concluye el Acuerdo: «no podemos en modo alguno pues estimar que la obligada tributaria haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma, sino que por el contrario ha actuado de forma gravemente negligente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales».

El Tribunal Supremo se remite a pronunciamientos jurisdiccionales anteriores. Rechaza que pueda negarse una interpretación razonable de la normativa a aplicar por el simple hecho de que la entidad recurrente «tenga “experiencia”, disponga de “suficientes medios” y esté “asistida de profesionales jurídicos”»; y ello porque «no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia

económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables». En definitiva, no cabe en modo alguno «concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE [...] es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas –aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida– si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable».

Sobre esa base, la Sentencia que comentamos declara insuficiente la motivación administrativa de la culpabilidad en el caso de referencia y, por tanto, dispone que procede anular parcialmente la sanción impuesta.

VII. REVISIÓN

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ALZADA PARA UNIFICACIÓN DE CRITERIO. NATURALEZA DEL MEDIO DE IMPUGNACIÓN. OBJETO

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de mayo de 2010

Como única cuestión a resolver en el asunto en liza se plantea si procede, tal y como solicita el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, declara erróneo el criterio del Tribunal de instancia que no apreció negligencia en la conducta de la obligada consistente en presentar declaración trimestral de retenciones, en lugar de las declaraciones mensuales a las que venía obligada por su paso a la condición de gran empresa.

Pues bien, el TEAC entra a analizar si existe o no criterio necesitado de unificación, decantándose por no encontrar motivo alguno en tanto que no se observa desacuerdo entre el criterio del Tribunal Regional y el del Director, pues ambos son coincidentes respecto a la sanción que corresponde a la conducta enjuiciada. En cambio, es en el elemento subjetivo de la infracción tributaria –la actitud del contribuyente tras la adquisición de su condición de gran empresa- donde se sitúa el motivo del litigio ante la falta de diligencia del contribuyente que el Director del Departamento considera.

Ante este supuesto, el TEAC recuerda en relación con la naturaleza del medio impugnatorio utilizado que “nos encontramos ante un recurso cuya finalidad no es la de llevar a cabo una revisión ordinaria de la resolución dictada por el TEAR analizando cualquier motivo de desacuerdo con ella, incluida la apreciación de las circunstancias de hecho del caso concreto, sino la de fijar doctrina o criterios unificadores en la interpretación de la normativa aplicable que no sean propios de las circunstancias del caso, sino de alcance general” (FJ 4º).

Por tanto, este recurso extraordinario no constituye la vía procesal que permite revisar el juicio de culpabilidad realizado por el Tribunal cuya resolución es objeto del presente recurso. En cualquier caso, aun a pesar de haber zanjado el asunto por la inadecuación del objeto del litigio al medio impugnatorio utilizado, el TEAC ofrece una amplia fundamentación acerca del análisis jurisprudencial que se ha elaborado respecto de la necesaria ponderación de la culpabilidad a efectos de la aplicación de la sanción tributaria, una vez que se ha constatado que concurren los elementos objetivos del tipo infractor. Así, reitera el TEAC que no puede entrar a enjuiciar si la omisión de presentación del modelo informativo ha sido culpable o no y, enmendar o confirmar el criterio del Tribunal de instancia.

2. REVOCACIÓN DE ACTOS DE GRAVAMEN. IMPROCEDENCIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2010

La parte recurrente solicita la revocación de la liquidación derivada de las actuaciones inspectoras como consecuencia de la acreditación de las cuotas soportadas deducibles en las actuaciones penales seguidas por delito fiscal.

El art. 154 LGT no resulta aplicable porque este precepto establece el procedimiento de revisión de oficio por el Ministro de Hacienda de actos dictados en vía de gestión cuando se aporten nuevas pruebas que acrediten elementos del hecho imponible íntegramente ignorados por la Administración y, en este caso, no se trata de la revisión de oficio de un acto dictado en vía de gestión tributaria, sino de la revocación a instancia de parte interesada de un acto de gravamen proveniente de actuaciones inspectoras.

Esta ausencia de procedimiento aplicable determinaba la correcta aplicación del procedimiento del art. 105 LGT. No obstante, a juicio del Tribunal, no puede prosperar la alegación de la recurrente que sustenta la nulidad de la nueva liquidación en la falta del trámite de audiencia en el procedimiento de revocación seguido porque fueron sus propias alegaciones las que determinaron la revocación y no se tuvieron en cuenta otros hechos distintos, como lo prueba la admisión de las cuotas deducibles que es la causa determinante de la liquidación más favorable que se dicta (FJ 6º).

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. RENTAS SUJETAS A RETENCIÓN: RENDIMIENTOS DEL TRABAJO: CÁLCULO DEL IMPORTE DE LA RETENCIÓN: RETRIBUCIONES VARIABLES

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010

El presente recurso de casación para unificación de doctrina se dirige contra la sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2003 que estima parcialmente el recurso contencioso administrativo contra resolución del TEAC de 2001, sobre liquidación del IRPF en materia de retenciones de trabajo personal. A ello alega la Sala la sentencia de 21 de enero de 2010 y otras recaídas sobre el tema en las que se establecía la nulidad de pleno derecho del art. 46.Dos.2, párrafo 2º en su último inciso, que establecía, con respecto a las cantidades a retener por retribuciones variables, que su importe no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurren

circunstancias que han presumir una notoria reducción de las mismas. El precepto constituye una presunción legal “iuris tantum” que debía haber sido establecida por Ley. A ello añade el artículo 10 de la Ley General Tributaria que contiene las diversas materias que deben regularse por ley no incluye las presunciones legales, sin embargo el artículo 118 de la misma Ley dispone de manera especial que las presunciones deberán ser establecidas por ley, sin que la amplia habilitación concedida por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, para regular reglamentariamente el sistema de retenciones, alcance a establecer presunciones legales, como la que contemplamos, razón por la cual ha de concluirse que el precepto impugnado carece de apoyo legal, por lo que es nulo de pleno derecho.

Por su parte, la reciente sentencia de 24 de enero de 2006, al resolver la cuestión de ilegalidad núm. 5/2004 planteada sobre el artículo 46.2.2 del Reglamento del IRPF de 30 de diciembre, aprobado por el Real Decreto 1841/1991, cuya norma siguió en análogos términos el artículo 78.2.1ª del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, enjuiciado en la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 2000, llegó a la conclusión de que, si no existían diferencias sustanciales entre los preceptos de referencia, el artículo 46.2.2 del Reglamento del Impuesto, aprobado por el Real Decreto 1841/1991, adolecía de la misma nulidad que el precepto del Real Decreto 214/1999 que le sustituyó, en cuanto establecía también una presunción sin el suficiente apoyo legal, porque la habilitación concedida por el artículo 98 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, para regular reglamentariamente el sistema de retenciones, no alcanzaba a establecer presunciones legales como la cuestionada.

A más abundamiento se ha argumentado que el cobro por parte de la Administración Tributaria de la retención que debió practicarse implica un enriquecimiento injusto de la Administración, pues en la cuota de los sujetos pasivos correspondiente a su deuda tributaria ya ha sido cobrada la retención no practicada y que ahora se exige. Por ello, si además de la cuota en su día exigida a los sujetos pasivos (que habrá sido mayor indudablemente al no haber sido objeto de retención) ahora se exige la retención al retenedor, resultará que la Administración habrá recibido una doble retención: Una, la devengada de los sujetos pasivos, aunque formalmente haya figurado como cuota del sujeto pasivo y no como retención; y otra, la cantidad que ahora se exige en concepto de retención a la entidad retenedora.

La justificación de la exigencia de la retención a la entidad retenedora consiste en afirmar la naturaleza autónoma de la obligación de retener, que no puede confundirse con la que pesa sobre el contribuyen-

te, razón por la que si el retenedor no retuvo, o retuvo de modo cuantitativamente insuficiente, esta obligado a hacer el ingreso pertinente con independencia de lo que haya sucedido con el sujeto pasivo receptor de las rentas. Se está, en este caso, en una hipótesis de desajuste entre lo que hizo el retenedor y lo que se debió hacer. Adviértase que este no es el supuesto que en este caso se dilucida. La hipótesis que aquí se contempla supone una coincidencia en el resultado de la retención entre lo hecho por el retenedor y el sujeto pasivo. El retenedor ha creído que ha practicado correctamente la retención. Por su parte, el sujeto pasivo no ha hecho uso de las facultades que el art. 36 de la Ley 44/1978 le conferiría para entender que su actividad no estaba sujeta a retención.

La discrepancia se produce más tarde, cuando la obligación principal ya esta liquidada por el sujeto pasivo. No es el sujeto pasivo quien discrepa de la retención que se ha practicado, que es la hipótesis que contempla el art. 36.1 de la Ley 44/78. Es la Administración Tributaria quien toma esa iniciativa, pero olvidando una circunstancia trascendental: que la deuda principal ha sido pagada.

De esta forma, los hechos presupuesto de la presente litis escapan de las previsiones fácticas que contemplan los arts. 10 y 36.1 de la Ley 44/78. Primero porque la liquidación de la deuda principal ya se ha producido, lo que no sucede en las previsiones de los preceptos citados. Segundo, porque ha existido coincidencia en los parámetros tomados en consideración tanto por el retenedor como por el retenido, lo que no ocurre en los preceptos mencionados, que contemplan y se sustentan en la discrepancia del retenedor y del sujeto pasivo sobre el “quantum” de dichos parámetros. Y, finalmente, porque la obligación principal se ha extinguido a conformidad de todos los intervinientes (retenedor, retenido y Administración).

A todo ello, se añade el hecho de que “la Administración Tributaria pueda exigir al retenedor los efectos perjudiciales (los intereses y las sanciones que el retenedor pueda merecer) que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado la retención o haberse practicado de modo cuantitativamente insuficiente. Estos problemas se resolverían si en los expedientes en los que se discuten las retenciones se llamara al procedimiento a los sujetos del IRPF, o sea a los empleados, exigiéndoles a los que no declararon verazmente sus retribuciones no la cuota por retención sino la cuota diferencial pertinente, en la que estaría incluida la cuota que debió serles retenida, y los intereses correspondientes sobre las retenciones no practicadas y sobre la cuota diferencial descubierta. Las consideraciones expuestas nos llevan a la convicción de

que no debe ser exigible la retención no practicada al haber sido ya pagada la obligación tributaria cuando los empleados de la entidad recurrente autoliquidaron sus respectivos impuestos sobre la renta” (FJ. 4º).

2. RENDIMIENTOS DEL TRABAJO. CESIÓN DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DE LOS FUTBOLISTAS VINCULADOS POR UNA RELACIÓN LABORAL CON UN CLUB A UNA SOCIEDAD INTERPUESTA. RETRIBUCIONES SATISFECHAS POR EL CLUB A LAS SOCIEDADES CESIONARIAS DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DE LOS FUTBOLISTAS Y TÉCNICOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2010

Se combate la sentencia dictada el 17 de mayo de 2007 de la Audiencia Nacional en el recurso 162/04, trayendo a esta sede la indebida calificación como rentas del trabajo obtenidas en España, y sometidas al impuesto sobre la renta de las personas físicas por obligación real de contribuir, de las cantidades abonadas por un club de fútbol a una sociedad holandesa como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de un jugador brasileño contratado.

En este caso a la Sala, acudiendo a varios recursos de casación resueltos (casación 3770/03 y casación 3766/03, entre otros), estima que la explotación comercial de la imagen de los futbolistas se incardina en el seno de la relación laboral concertada entre el club y el jugador, por vincularse a la práctica profesional, incorporándose las cantidades percibidas al concepto de salario recogido en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores [Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997) (BOE de 29 de marzo)], aun cuando fueran abonadas a una sociedad.

Por haberse entendido el asunto con la misma recurrente, procede traer a colación lo argumentado por esta misma Sección en la sentencia de 10 de julio de 2008 (casación 3770/03, FJ. 7º) se evidencia que “no existe tampoco infracción del art. 114 de la Ley General Tributaria que impone a la Administración la carga de la prueba si quiere hacer valer su tesis de que los contratos suscritos por el Club recurrente con diversas sociedades explotadoras de los derechos de imagen son simulados. Mas adviértase que la peculiaridad del presente caso es que la entidad deportiva no acredita la existencia de los contratos de cesión de los jugadores a la sociedad interpuesta o cesionaria; es la ausencia de aquéllos la que

justifica la calificación de simulación, siendo irrelevante la existencia en el expediente de los contratos entre la sociedad cesionaria y el Club; no es a éstos a los que va dirigida la simulación contractual que se denuncia y frente a esa calificación de operación simulada es la entidad recurrente la que no ha desplegado una mínima actuación probatoria tendente a desvirtuar la simulación apreciada. Ni el Club ni los deportistas han probado la existencia y contenido de esos contratos de cesión de los derechos de imagen de los jugadores a las sociedades cesionarias. Se ha privado así a la Administración Tributaria [...] al TEAC y a la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional del análisis de su contenido. Esta ausencia de pruebas deja la cuestión de la existencia de tales contratos en el solo fundamento de las afirmaciones hechas por el Club, que es entidad interesada en mantener la validez y eficacia de dichos contratos. Pero es que, además, cuando se argumenta por la entidad recurrente que no basta con afirmar que ha existido simulación en el proceder del Club de Fútbol al contratar con las sociedades cesionarias de los derechos de imagen de los jugadores, sino que es necesario valorar esa afirmación con pruebas incorporadas por la Administración, se olvida que dentro de las pruebas admitidas en Derecho está la de presunciones (prueba de indicios) y, en concreto, las presunciones judiciales o del hombre, que exigen el “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” entre los hechos acreditados y las consecuencia jurídica que aparecen como más lógicas, a la que se refieren los arts. 118.2 de la Ley General Tributaria y 1253 del Código Civil. Los hechos conocidos en el caso que nos ocupa revelan el verdadero propósito que se pretendía alcanzar y la ausencia de las pruebas por parte de la entidad recurrente que pudieran anular la presunción, tan fáciles de aportar, confirman la relación entre los hechos conocidos y la consecuencia extraída” (FJ. 3º).

Aplicando la doctrina transcrita, la Sala concluye que “la sentencia impugnada en este recurso de casación no vulneró los artículos 28 y 114 de la Ley General Tributaria de 1963, tampoco del artículo 1277 del Código Civil, pues como sucedía en aquel asunto en éste también consta en el expediente administrativo que «no se ha aportado contrato o documento que acredite que el jugador ha cedido el derecho a explotar su imagen a un tercero»... habiéndose reconocido tal extremo por la parte recurrente. Ratificada la corrección de la calificación como rendimientos del trabajo del deportista de las cantidades abonadas por el X CF a International Football Management BV por la cesión de sus derechos de imagen, no es menester adentrarse en la controversia sobre si tales derechos son o no cánones a los efectos del Convenio Internacional para evitar la doble imposición entre España y los Países Bajos, pues siendo rendimientos del trabajo personal del deportista residente

en Brasil podían tributar en España, conforme al artículo 15 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Brasil” (FJ. 3º).

3. RENDIMIENTOS OBTENIDOS DE FORMA NOTORIAMENTE IRREGULAR EN EL TIEMPO. CANTIDADES SATISFECHAS POR LA EMPRESA A LOS TRABAJADORES POR LA RESOLUCIÓN DE MUTUO ACUERDO DE LA RELACIÓN LABORAL. CANTIDADES PERCIBIDAS POR LOS TRABAJADORES COMO CONSECUENCIA DE ACUERDOS DE PREJUBILACIÓN INSTRUMENTADOS BAJO LA FORMA DE SUSPENSIONES DE CONTRATOS DE TRABAJO

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de mayo de 2010

Partiendo del art. artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, el estudio se basa en la segunda de las circunstancias que habilitan la práctica de reducción, (que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo). Así las cosas, vista la norma enjuiciada, la presente resolución se contrae a determinar si las cantidades percibidas por empleados que accedan a la situación de «prejubilación», mediante compromisos en los que se pacte, de mutuo acuerdo, la «suspensión del contrato», tienen encaje en el precepto reglamentario reproducido y, en consecuencia, es procedente la aplicación sobre ellas de la discutida reducción.

La Sala acude al Estatuto de los trabajadores y diversas Sentencias del Tribunal Supremo en materia social para fijar que, a primera vista, parece claro que no le faltaría razón a la Dirección del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT cuando sostiene que, estando en presencia de una «suspensión del contrato», no debiera calificarse aquella percepción obtenida por el interesado como «notoriamente irregular en el tiempo», en los términos del artículo 10.1.f) del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, en tanto ésta sólo alcanza a situaciones en las que se haya producido «la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral», resolución o extinción que no se da en el caso de suspensión del contrato. Sin embargo, tales pronunciamientos resultan contradictorios con otros sostenidos por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Esa misma contradicción se pone de manifiesto en las RDGT, por lo que “debe reconocerse que hay cierta dificultad en fijar o unificar criterio en esta materia, en tanto que podría parecer que se trata más de la valoración de una concreta situación de hecho que del estudio de

un criterio interpretativo que pueda aplicarse de modo general, ya que habría que analizar lo convenido por las partes en un contrato concreto para concluir si, en ese supuesto, la forma contractual utilizada no se corresponde con el fondo material de lo convenido por las partes” (Fundamento 6º).

En definitiva, “visto lo anterior, y como ya se anunciaba en el anterior Fundamento Sexto, procede estimar el presente recurso de alzada para la unificación de criterio, imponiéndose unificar éste en el sentido de que los importes percibidos por los trabajadores como consecuencia de acuerdos de ‘prejubilación’ instrumentados bajo la forma de «suspensiones de contratos de trabajo», al amparo de lo dispuesto por el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no tendrán la consideración de «cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral», a los efectos de la eventual aplicación de la reducción prevista por el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 622) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del I.R.P.F” (Fundamento 8º).

4. RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: RÉGIMEN DE ESTIMACIÓN OBJETIVA: RENUNCIA AL RÉGIMEN: RENUNCIA TÁCITA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2010

Se impugna en el presente recurso la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de 25 de marzo de 2008, por la que se desestimaba la reclamación económico administrativa, interpuesta contra acuerdos desestimatorios de recursos de reposición contra liquidaciones derivadas de actas en conformidad relativas al IRPF, ejercicios 2004 y 2005. El recurrente presentó sus autoliquidaciones en régimen de estimación directa simplificada, considerando la Administración tributaria que procedía la estimación objetiva por no haber efectuado la renuncia en plazo.

El objeto del presente recurso, por tanto, se centra en determinar el alcance de lo que se puede llamar renuncia tácita al sistema de módulos, ya que el sujeto pasivo no efectuó expresa renuncia en su alta de actividades económicas, pero presentó sus autoliquidaciones en régimen

de estimación directa. Esta cuestión, como nos recuerda el Tribunal, ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de julio de 2007, recurso de casación para la unificación de doctrina y 9 de Febrero del 2009 en recurso de casación 257/2007. En esta última Sentencia se afirma, tal y como nos recuerda la sala, que “...la contradicción denunciada, que debe resolverse en el sentido que postula el recurrente, al haberse pronunciado esta Sala, en la reciente sentencia de 6 de Julio de 2007, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 314/02 , interpretando el art. 68 de la Ley 18/1991, de 6 de Junio..., del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y su desarrollo reglamentario, sobre la procedencia de la renuncia tácita. (...) Es reiterada la doctrina de este Tribunal de que los requisitos formales y procedimentales no deben ser un obstáculo si el resultado obtenido, como ocurre en el caso que se enjuicia, es correcto y no produce indefensión; y ello teniendo en cuenta que el régimen de estimación objetiva del IRPF es voluntario para el sujeto pasivo (art. 49 de LGT (RCL 1963, 2490)) y, por lo tanto, que la voluntad manifestada por éste de tributar por el régimen de estimación directa en el IRPF debe primar “sobre cualquier otra consideración de tipo formal o procedimental”, entendiéndose que no es obstáculo a tal conclusión la circunstancia de que el recurrente no haya renunciado expresamente al régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos y al régimen simplificado dentro del plazo establecido por la Orden de 29-11-94, y ello porque la renuncia debe producir plenamente sus efectos, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse en el ámbito del Derecho sancionador tributario, pues no puede olvidarse, a la hora de interpretar el art. 20 del Reglamento del IRPF de 1991 y el art. 7.º de la Orden de 29 de noviembre de 1994, que la voluntariedad forma parte de la esencia de este régimen de determinación indiciaria de la base imponible; por ello, no tiene ningún sentido, y, además, es incompatible con el fundamento de este régimen en el IRPF, que se impida a un sujeto pasivo que, por el mero incumplimiento de un plazo, determine su rendimiento real mediante el régimen de estimación directa”.

Así las cosas, el Tribunal acaba concluyendo -con base en la Sentencia del TS-que, “por lo tanto, que la renuncia al régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos en el IRPF, aunque sea de un modo tácito, no es inválida, como ha entendido la sentencia recurrida de conformidad con el TEAR de Cataluña, sino que, por el contrario, produce plenos efectos jurídicos en la elección del régimen de determinación directa de la base imponible aplicable. Apoya esta tesis la regulación posterior dada por el Reglamento regulador del Impuesto aprobado por RD 214/1999, de 5 de febrero, que en art. 31 , al regular el régimen de las renunciaciones al método de estimación objetiva, establece, en su núm.

l letra b), que también se entenderá efectuada la renuncia al régimen de estimación objetiva cuando se presente en el plazo reglamentario la declaración correspondiente al pago fraccionado del primer trimestre del año natural en que deba surtir efecto en la forma dispuesta para el régimen de estimación directa. En idénticos términos se manifiesta el art. 3.1.a) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio. Estamos ante un indudable caso de renuncia tácita también” (FJ. 2º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS GENERADAS EN EJERCICIOS PRESCRITOS. COMPENSACIÓN LIQUIDACIÓN IMPROCEDENTE.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso de casación es la determinación de las consecuencias de la declaración de prescripción de un determinado ejercicio cuando en él se producían bases imponibles negativas que resultaban compensadas en ejercicios posteriores.

La Sala acudiendo a jurisprudencia dictada al efecto -30 de enero de 2004, 17 de marzo de 2008, o la más reciente de 25 de enero de 2010- da a conocer el criterio expuesto que, por razón de la unidad de doctrina, debe aplicarse al supuesto que nos ocupa, anterior a la vigencia de la actual Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre. De este modo, y sin poder tener en cuenta las consecuencias que deriven de los artículos 70.3 y 106.4 de dicha Ley, inaplicables “ratione temporis” para resolver la cuestión suscitada y “únicamente, con base en la jurisprudencia elaborada en relación con la Ley anterior, sin que necesariamente sea proyectable a las referidas previsiones de la LGT/2003, ha de considerarse que la cantidad consignada en la declaración del año 1985 ha adquirido firmeza y, en consecuencia, dicha cantidad debe ser admitida por la Administración que debe permitir, por tratarse de bases imponibles negativas, que puedan ser utilizadas por el contribuyente en declaraciones de ejercicios posteriores. No pueden aceptarse los argumentos del Abogado del Estado cuando señala que “la prescripción relativa

a determinado ejercicio no supone la aceptación por la Administración del contenido de las liquidaciones de ese ejercicio, sino simplemente la imposibilidad por imperativo legal de rectificar dicha liquidación”. Por el contrario, declarada la prescripción con relación a la declaración del ejercicio 1985, ésta ha ganado firmeza y, por ende, los datos que en ella se declararon, de tal forma que no cabe su modificación por parte de la Administración tributaria ni en ese ejercicio ni en otro posterior sobre el que pudiese, eventualmente, proyectar sus efectos, tal como sucede en el supuesto de compensación de bases imponibles negativas procedentes de ejercicios prescritos” (FJ. 3º).

2. AMORTIZACIONES DE BIENES OBJETO DE CONTRATOS DE LEASE-BACK: NATURALEZA Y FINALIDAD DEL CONTRATO Y DIFERENCIACIÓN CON EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO: EXAMEN: APLICACIÓN DEL ART. 11.3 LIS, CON CARÁCTER DE «LEX SPECIALIS» Y NO DEL ART. 128 LIS RELATIVO A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 2010

La única cuestión de debate es la relativa a la determinación de la procedencia de los ajustes negativos practicados por la inspección como consecuencia de la aplicación del art. 128 LIS de 1995, o bien su improcedencia, por ser de preferente aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 11.3 de la propia Ley.

La Sala señala sobre el tratamiento tributario del contrato denominado en la práctica como lease-back ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas sentencias, señalando específicamente sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2009. Esta Sección, asimismo, ha definido el contrato de “lease back” como “un negocio jurídico complejo concebido en la práctica mercantil habitual como un mecanismo de financiación de las empresas, siendo su finalidad típica estrictamente financiera, ya que se basa en la enajenación de un activo empresarial (con el consiguiente flujo de tesorería a favor del enajenante) y su simultánea recompra a través del arrendamiento financiero con opción de compra”. Para clarificar su verdadera naturaleza la Sala acude a diversos pronunciamientos del TS en los que se plantea que el “lease back” no constituye un verdadero “leasing”, puesto que en él su finalidad no es la de obtener o mantener el bien sino la de conseguir dinero, por lo que el verdadero contrato celebrado, el querido por la voluntad concordada de

las partes, es el de un préstamo simple o mutuo, y por ende, la finalidad del mismo es la de obtener financiación.

Sentado lo anterior, y en lo que hace a la cuestión litigiosa, debe entonces determinarse si -como pretende la Administración- la operación que nos ocupa debe ser tratada fiscalmente conforme al artículo 128 de la Ley 43/95 o si -como defiende la actora- ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 11.3 del mismo texto legal.

Coincide la Sala plenamente con el demandante en cuanto a la aplicación a los supuestos de “lease back” de lo dispuesto en el último de los preceptos transcritos pues el mismo se refiere, cabalmente, a la figura que nos ocupa al señalar que “cuando el bien haya sido objeto de previa transmisión por parte del cesionario al cedente, el cesionario continuará la amortización del mismo en idénticas condiciones y sobre el mismo valor anteriores a la transmisión”, sin que se imponga limitación alguna en punto a la “deducibilidad” del gasto en atención al número 6 del artículo 128, pues el mismo se refiere al arrendamiento financiero en sentido estricto y no al “lease back”.

En definitiva: “a) El lease-back está regulado en el artículo 11.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre; b) No es un arrendamiento financiero de los previstos en el artículo 128 del mismo Texto Legal; c) No puede afirmarse que se genere renta alguna a efectos contables y fiscales en la transmisión del elemento patrimonial a la entidad cedente; d) El cesionario debe computar en estas operaciones la amortización del elemento como si dicha transmisión no se hubiera llevado a cabo”. Por tanto, ha de convenirse, por tanto, que, desde el punto de vista tributario, el “lease-back” no supone alteración fiscal y, por tanto, la base imponible del impuesto será la misma que si la operación no se hubiera llevado a cabo. Por eso, resulta conforme a Derecho la tesis del recurrente (apoyada en determinadas consultas no vinculantes de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas) según la cual lo procedente es contabilizar los citados bienes como inmovilizado material, dotando la correspondiente amortización, procediendo en consecuencia estimar el recurso también en cuanto a esta segunda pretensión” (FJ. 3º).

En suma, “la Sala ya ha señalado claramente que a los contratos de lease back como los que ahora nos ocupan, referidos a los ejercicios 1999 y 2000, no se les aplica el régimen especial previsto para los contratos de arrendamiento financiero por la evidente razón de que el lease back no lo es, con fundamento en la doctrina civil que separa ambas modalidades contractuales, el leasing y el lease-back, en función de su

diferente naturaleza y finalidad, siendo así que, además, el art. 11.3 LIS, en su apartado cuarto, es la *lex specialis* del lease back, al prever específicamente la hipótesis de la previa transmisión de los bienes por parte del cesionario al cedente con ulterior cesión posesoria de signo inverso, hipótesis legal que encaja con toda exactitud en la figura contractual que nos ocupa, al señalar que “...cuando el bien haya sido objeto de previa transmisión por parte del cesionario al cedente, el cesionario continuará la amortización del mismo en idénticas condiciones y sobre el mismo valor anteriores a la transmisión. Cuando sea de aplicación lo previsto en este apartado, la entidad cedente amortizará el precio de adquisición o coste de producción del bien, deducido el valor de la opción, en el plazo de vigencia de la operación” (FJ. 4º).

3. BASE IMPONIBLE. GASTOS DEDUCIBLES. GASTOS NO NECESARIOS: DEDUCCIÓN IMPROCEDENTE. CUOTAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN EL EJERCICIO AUNQUE LAS CUOTAS CORRESPONDAN A CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010

Alega el recurrente inaplicación del artículo 13.d) de la Ley 61/1978 en lo que respecta a la deducibilidad de los gastos sociales. La sentencia recurrida estima que la partida correspondiente a gastos sociales se refieren a una serie de conceptos como subvención de una parte del coste de las comidas o consumiciones realizadas por los empleados en establecimientos del propio centro comercial, pagos por desayunos, cenas y comidas de los empleados que han de permanecer en el centro con ocasión de determinados trabajos, regalos a los empleados con ocasión de ciertos acontecimientos, obsequios a empleados en cestas de Navidad y comidas, cócteles y fiestas a favor de los empleados.

La actora pretende la deducibilidad de tales gastos en base al art. 13 d) de la Ley 61/1978, mientras que la Inspección los considera una liberalidad.

En lo referente al capítulo de los gastos que se consideran fiscalmente deducible, la Sala parte de la normativa aplicable al presente litigio que es la que se contiene en los artículos 13 y 14 f) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, y 111 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre.

Partiendo de que los artículos 13 de la Ley y 111 del Reglamento no contienen una relación exhaustiva de gastos deducibles, es evidente que no debe excluirse que aparte de las que allí se enumeran existan otras partidas igualmente deducibles en tanto que gastos necesarios para la obtención de los rendimientos, pero en virtud del régimen de carga de la prueba establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria, corresponde a quien pretende la deducción acreditar no sólo la existencia del gasto sino también su naturaleza y finalidad. Así las cosas, la Sala concluye estimando que “nos encontramos con una partida de gastos en los que no resulta acreditado el requisito de la necesidad, ya que no existía obligación por parte de la empresa de realizar tales gastos ni en virtud de norma ni por convenio sino que la empresa los asumió con carácter voluntario sin contraprestación por parte de los trabajadores por lo que deben tener la consideración de liberalidades” (FJ. 7º). Para ello se basa en numerosas sentencias dictadas por la Sala, una de ellas de fecha reciente al datar de 23 de diciembre de 2009.

La siguiente cuestión que se plantea es en relación con los arrendamientos financieros correspondientes a operaciones de leasing concertadas en 1987, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 15/1977 de modo que en el Impuesto de Sociedades el arrendatario tenía derecho a la deducción como gasto de la totalidad de la cuota satisfecha a la sociedad de arrendamiento financiero, frente a lo dispuesto en la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, que limitó la posibilidad de deducir como gasto la parte de cuota correspondiente a la recuperación del coste del bien en atención al carácter de amortizable o no del bien a que se refiera el contrato de arrendamiento financiero. Pues bien, con base e la Ley de 1988 la Sala comparte el argumento de la Inspección estimando “que al estar regularizando el ejercicio 1989, aunque se trate de contratos suscritos en 1987, la entrada en vigor de la Ley 26/1988 debe afectar a su ejecución, porque afectan a las cuotas de leasing que se están devengando a partir de la vigencia de la Ley, y sin que ello suponga aplicación retroactiva de la ley, ya que no estamos ante estipulaciones privadas inamovibles, sino frente a la normativa general que puede modificarse en cada ejercicio fiscal. Es evidente por tanto que en aplicación de esta ley no cabe la deducibilidad de la parte de las cuotas correspondiente a la recuperación del coste del bien que consista en solares, terrenos u otros activos no amortizables” (FJ.8º).

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

1. ADQUISICIONES INTER VIVOS: REDUCCIONES DE LA BASE IMPONIBLE. EMPRESA INDIVIDUAL, NEGOCIO PROFESIONAL O PARTICIPACIÓN EN ENTIDADES.

Sentencia 31093/2009, de 14 de diciembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En la sentencia de referencia, la Sala trata de dilucidar la procedencia o no de la aplicación de la reducción prevista en el art. 20.6 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, respecto de aquellas transmisiones lucrativas de empresas fundadas en el mismo año en que se produce la transmisión.

Pues bien, con tal finalidad la Sala adopta como punto de partida para la resolución de la cuestión planteada el análisis del precepto arriba mencionado, que mantiene que: *“en los casos de transmisión inter vivos, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de Junio, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la base liquidable del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes: que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez; que si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión (...)”*.

Asimismo, el art. 4.octavo de la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio exige entre las condiciones necesarias para aplicar la exención correspondiente que *“la participación del sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la Entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal”*. No obstante, esta condición se entenderá cumplida siempre que se acredite fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de: Presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del consejo de administración u órgano de administración equivalente.

En efecto, la aplicación de la reducción que se pretende se justifica en la necesidad de aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión a título lucrativo de empresas familiares cuando dicha transmisión se efectuara a favor de ciertas personas allegadas al transmitente.

Ahora bien, la Sala también toma en consideración el hecho de que la transmisión inter vivos de la empresa familiar no interrumpe el periodo impositivo, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del donante, que habrá de integrar en la base imponible de dicho impuesto las rentas derivadas del ejercicio de las funciones de dirección en la empresa familiar hasta el momento el que se cause o celebre la donación, si bien, ésta se produce en el mismo periodo impositivo.

A este respecto, la Sala mantiene la imposibilidad de atender al último periodo impositivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas anterior a la donación, ya que, la empresa transmitida aún no había sido creada, es por ello, que a juicio de la misma, resultaría absurdo no aplicar una reducción por parte de la Administración Tributaria por la exigencia de requisitos no contemplados por la norma reguladora del beneficio fiscal.

Por consiguiente, la Sala concluye que si la norma sólo exige el ejercicio de las funciones de dirección en la empresa familiar y la determinación de un porcentaje de retribuciones, adoptando como único punto de partida la fecha de devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que, a tenor de lo dispuesto en el art. 24.2 de la Ley del Impuesto mencionado, viene establecida en el día en que se cause el acto o contrato.

Precisamente por ello, la Sala lleva a cabo una interpretación finalista de la norma, de manera que si lo que ésta pretende es la concesión de un beneficio fiscal a las empresas familiares que facilite en lo posible su transmisión, evitando una eventual liquidación de la misma, para el pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no se han de imponer condiciones o exigencias que la norma en cuestión no establece, dificultando la continuidad de la empresa transmitida.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO. PERIODO DE LIQUIDACIÓN TRIMESTRAL O MENSUAL. LIQUIDACIÓN QUE COMPRENDE TODO EL AÑO NATURAL. DEFECTO SUSTANCIAL QUE AFECTA INTRÍNSECAMENTE AL ESQUEMA LIQUIDATORIO E INCIDE EN EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD QUE PRESIDE EL IMPUESTO

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de junio de 2010

El nudo gordiano de la Resolución que se comenta en centra sobre el hecho de que el TEAR, pese a considerar no prescrito el derecho a la Administración a determinar la deuda tributaria de los ejercicios a que se refiere el expediente y rechazar las pretensiones de la entidad reclamante, acordó su anulación, habida cuenta que fue practicada atendiendo a un período de liquidación anual, no previsto en la normativa reguladora del IVA. A ello responde el TEC que no puede ser de otra forma, a la vista de la normativa interna reguladora del impuesto, que cita el derivada de lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo, y actual artículo 252 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2006.

Teniendo en cuenta la limitación establecida por la normativa comunitaria (período impositivo de uno, dos o tres meses, si bien se puede establecer período diferente que no puede exceder de un año), nuestro legislador recoge en los artículos 164.uno y 167.uno de la LIVA desarrollados por el artículo 71.3 del RIVA, que el período de liquidación coincidirá con el trimestre natural, a salvo de los supuestos que recoge a continuación, en que el período de liquidación es mensual. En definitiva, el período de liquidación a efectos del IVA es trimestral o mensual, en función de las circunstancias o cumplimiento de las condiciones que se recogen en dichos preceptos. de las normas generales tributarias se deduce también que la forma de proceder por la Administración tributaria no puede ser otra que la de cuantificar el resultado de la comprobación por períodos de liquidación. Así se desprende también de lo dispuesto en varios artículos de la LGT de 17 de diciembre de 2003 y, en su desarrollo por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes

de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIT); así como de los artículos 11 y 49 del anterior Reglamento General de Inspección de los Tributos (RGIT) aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril.

Baste así señalar como, por ejemplo, el artículo 164.5 del RGGIT dispone que «en relación con cada obligación tributaria objeto del procedimiento podrá dictarse una única resolución respecto de todo el ámbito temporal objeto de la comprobación a fin de que la deuda resultante se determine mediante la suma algebraica de las liquidaciones referidas a los distintos períodos impositivos o de liquidación comprobados». Esto es, si bien el Acta o el acuerdo de liquidación puede referirse a varios ejercicios, períodos como señala el actual RGGIT y ello deberíamos señalar respecto del IVA, debe individualizarse el resultado de cada uno de los períodos objeto de comprobación, de cada liquidación referida a un período concreto (que puede coincidir en relación con determinados tributos con el ejercicio anual, no así en IVA), de forma que la deuda final resultante del acto o acuerdo puede determinarse por la suma algebraica de todas las liquidaciones.

Si bien en alguna ocasión se ha indicado por los órganos jurisdiccionales (TS en recurso de casación para unificación de doctrina y AN) que el Acta puede extenderse a todo el período objeto de comprobación sin que ello sea contrario a lo dispuesto en el artículo 71.3 del RIVA, es jurisprudencia reiterada del TS que conforme a lo establecido en el artículo 71.3 del RIVA, el período de liquidación del IVA coincide con el trimestre natural, o mensual, debiendo presentarse declaración por cada período de liquidación. “En definitiva, sin perjuicio de que la liquidación contenida en el acto administrativo sea el resultado de la suma algebraica a la que hemos aludido, en el mismo deben cuantificarse y liquidarse respecto del IVA la deuda individualizada de cada uno de los períodos objeto de comprobación” (FJ. 2º).

En definitiva, “cuando el órgano gestor gira una sola liquidación que comprende el año natural (de 1 de enero a 31 de diciembre) sin distinguir los distintos períodos trimestrales o mensuales que resultan de aplicación, nos encontramos ante un vicio que afecta intrínsecamente al esquema liquidatorio del impuesto, alterando la relación jurídico tributaria en los términos que recoge la LIVA, así como la Directiva 2006/112/CE de la que aquella deriva. Si bien nos encontramos ante un impuesto que grava las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas por los sujetos pasivos, de forma que el impuesto recae en cada una de las operaciones realizadas por los empresarios o profesiona-

les, el principio de neutralidad que preside este impuesto hace que los sujetos pasivos puedan deducir las cuotas soportadas en cada una de las operaciones que reciben, esto es, tienen derecho a deducirlas (siempre que se dé cumplimiento a los distintos requisitos exigidos por el Título VIII de nuestra LIVA, transposición del Título X de la Directiva 2006/112/CE). El legislador comunitario establece, en aras a lograr el objetivo de neutralidad impositiva para el sujeto pasivo, unos períodos de liquidación (artículo 252.2 de la Directiva) de uno, dos o tres meses (si bien los Estados miembros pueden establecer períodos diferentes que, en ningún caso, podrán exceder de un año), de forma que en ellos el sujeto pasivo declara el IVA devengado por el conjunto de las operaciones cuyo devengo se ha producido en el período de liquidación y se minoran el resultado en el importe de las cuotas soportadas que reúnan la condición de ser deducibles, de acuerdo con los preceptos comprendidos en el Título antes señalado.

De esta forma el resultado de la liquidación, positivo o negativo, no es sino el crédito a favor de la Administración tributaria o del sujeto pasivo, resultante del anterior esquema liquidatorio. En este último supuesto, además, conforme a nuestra normativa interna, el obligado tributario no puede obtener inmediatamente el crédito a su favor, sino que lo traslada a los períodos siguientes, con la excepción de acogerse al sistema de devolución mensual. Pero en uno u otro caso, que el resultado sea positivo o negativo, o bien dentro de este último se traslade el crédito a otro período o se obtenga la devolución por cada período, no cabe duda de que, de liquidar la Administración anualmente, además de incumplir las normas recogidas en la LGT y en el RGAGIT (o en el anterior RGIT), así como en la Directiva 2006/112/CE y la LIVA y su Reglamento, a las que hemos hecho alusión en anterior fundamento de derecho, se está incidiendo en el principio de neutralidad que preside el impuesto, originando distintos efectos tanto sobre elementos de la relación jurídica tributaria que se integra en la liquidación, como derivados directamente de la liquidación resultante. Entre estos últimos se encuentran aquellos que afectan a la determinación de la infracción y sanción tributarias que en su caso pudiera corresponder. En los primeros, entre otros, no sólo se sitúan aquellos que afectan al devengo de las operaciones y su imputación al período correspondiente, sino también a las cuotas soportadas deducibles incluyendo la concreción en caso de aplicar la regla de prorata, rectificaciones de bases imponibles, y a las reglas del resultado de la liquidación del período y, por tanto, también a devoluciones, compensaciones o a los intereses de demora, ya sean a favor o no del obligado tributario” (FJ. 6º).

2. LUGAR DE REALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS. SERVICIOS DE PUBLICIDAD

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de mayo de 2010

Las cuestiones a resolver por el Tribunal Económico-Administrativo Central consisten en determinar si la entidad X, SL debió repercutir IVA por los servicios prestados a sus clientes y, por tanto, aclarar si realiza actividades fotográficas o actividades de publicidad. Mientras que la entidad entiende que su actividad consiste en actividades de publicidad, la Inspección de los Tributos considera que la actividad de la entidad está principalmente encaminada a preparar el escenario adecuado para sesiones..., a realizar servicios de casting y a coordinar la contratación de los medios técnicos necesarios. La diferencia estriba en que la entidad considera su actividad está localizada fuera del territorio de aplicación del impuesto por tener la calificación de servicios de publicidad, mientras la Inspección considera que dicha actividad está localizada en el territorio de aplicación del impuesto por no encajar dentro de dicho concepto de servicios publicitarios. El tratamiento a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido será distinto en los dos casos, y ello por las reglas de localización del hecho imponible.

Atendiendo al art. 69 y al art. 70.2 de la Ley 37/1992, si consideramos que los servicios prestados por X, SL son servicios de publicidad destinados a empresarios establecidos en otros Estados miembros entonces resultará de aplicación la regla especial del artículo 70.Dos, y no se considerarán realizados en el ámbito territorial de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido. En consecuencia, la operación se entendería localizada en otro Estado miembro y no estaría sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin perjuicio de su tributación en dicho Estado miembro. Por el contrario, la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido no contiene una previsión semejante en el caso de la prestación de servicios fotográficos (organización de sesiones de...) y se aplicaría la regla general de localización del hecho imponible en las prestaciones de servicios contenida en el artículo 69. Así, las prestaciones de servicios se entenderían realizadas en el territorio de aplicación del impuesto puesto que el prestador de los mismos tiene situada en dicho territorio la sede de su actividad económica.

El concepto de «prestaciones de publicidad» goza de la categoría de concepto comunitario, ya que debe ser objeto de interpretación uniforme con el objeto de evitar situaciones de doble imposición o de

no imposición que puedan resultar de interpretaciones divergentes, y para ello debe acudir a lo establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias que determinan que el concepto de publicidad implica necesariamente la difusión de un mensaje destinado a informar a los consumidores de la existencia y de las cualidades de un producto o de un servicio, con la finalidad de aumentar sus ventas. En el presente caso, según afirma el TEAC, no se acredita que las fotografías hechas en las sesiones organizadas por X, SL vayan destinadas a informar acerca de las cualidades de algún producto.

Una vez establecida la naturaleza de las actividades realizadas por X, SL habrá que determinar si debió repercutir IVA en las facturas emitidas en el ejercicio de dicha actividad. Así, “si bien el artículo 70.Dos prevé que en los casos de prestaciones de servicios de publicidad pueden darse una serie de circunstancias que determinen que el servicio se ha localizado fuera del territorio de aplicación del Impuesto y, por tanto, no deba repercutirse IVA español, en el caso de la prestación de servicios fotográficos no hay una previsión semejante y se aplica la regla general de localización del hecho imponible contenida en el artículo 69 de la Ley 37/1992, conforme al cual los servicios se entenderán realizados en el territorio de aplicación del impuesto cuando el prestador de los mismos tenga situada en dicho territorio la sede de su actividad económica. Al estar X, SL establecida en el territorio de aplicación del Impuesto, se entienden localizadas en éste las prestaciones de servicios realizadas, y sujetas por tanto al Impuesto sobre el Valor Añadido español” (FJ. 4º).

3. OPERACIONES NO SUJETAS: TRANSMISIONES DE LA TOTALIDAD DEL PATRIMONIO EMPRESARIAL. OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA, AL RESTRINGIR LA NORMATIVA NACIONAL UN DERECHO INCONDICIONALMENTE RECONOCIDO POR LA NORMA EUROPEA.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010

Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con el Impuesto sobre el Valor añadido. El art. 16 de la Ley 29/1991, determinaba que para disfrutar del régimen fiscal aplicable a las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad y canje de valores, debía comunicarse al Ministerio de Economía y Hacienda, con

carácter previo, la realización de dichas operaciones. Se trata ahora de determinar si el establecimiento de esa condición pugna con el sistema de neutralidad que preconiza la Directiva 90/434/CEE, y, por consiguiente, si la no sujeción al IVA se produce automáticamente, sin necesidad de la comunicación previa al MEH, lo que en este caso comportaría que la regularización efectuada por la Inspección no es correcta, al no tener el sujeto pasivo que repercutir el IVA ni efectuar el ingreso correspondiente.

Para dar solución a la cuestión litigiosa la Sala trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2009, aunque es cierto que se refiere a la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, recogida en el artículo 45, parte I, letra B), punto 10 del Texto Refundido del Impuesto sobre TPAJD, en el que se sometía la exención de las operaciones referidas al cumplimiento de la condición de que se comunique al MEH la opción por el beneficio, entendió que ello era contrario a la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio.

Entendiendo el Tribunal que la anterior doctrina es enteramente aplicable al caso ahora enjuiciado, pues resulta con claridad meridiana que el establecimiento de la comunicación al MEH constituye un obstáculo contrario a la Directiva 90/434, al restringir la normativa nacional un derecho incondicionalmente reconocido por la norma europea, pudiendo esta Sala desplazar la aplicación del derecho interno como expresamente lo ha señalado la doctrina del Tribunal de Justicia en reiteradas sentencias, concluye que debe, en consecuencia, estimarse el recurso de casación, y estimar el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad del acto recurrido.

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. Exenciones objetivas: adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio: inaplicabilidad a los supuestos en que el régimen económico matrimonial sea la separación de bienes

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010

Esta Sentencia del Tribunal Supremo pone fin a un problema que desde hace tiempo enfrentaba a la Generalitat de Cataluña y al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de esta Comunidad, a saber, la aplicación (o no) de la exención contenida en el art. 45.I B) 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -TRLITPO y AJD- (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) al régimen matrimonial de separación de bienes. Téngase en cuenta que el régimen de separación de bienes es el régimen ordinario en Cataluña y, por tanto, la respuesta a la cuestión planteada, en uno u otro sentido, tiene importantes consecuencias desde el punto de vista recaudatorio.

Según el precepto mencionado, estarán exentas “[l]as aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Pues bien, la Oficina de L’Hospitalet de Llobregat practicó liquidación en concepto de Actos Jurídicos Documentados, como consecuencia de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de comunidad conyugal otorgada el 15 de junio de 2001 por un matrimonio casado en régimen de separación de bienes, con adjudicación a favor de la esposa de la vivienda familiar, por separación matrimonial, a cambio de una compensación en metálico al marido, y el pago de la hipoteca pendiente por la esposa. La reclamación interpuesta frente a esa liquidación fue desestimada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña. Sin embargo, el TSJ de Cataluña estimó, mediante Sentencia de 26 de abril de 2007, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del TEAR. En opinión del TSJ de Cataluña, una interpretación favorable a la exclusión del régimen de separación de bienes, además de no ser acorde con el sentido y el alcance de la norma, ofrecería dudas de constitucionalidad “de los arts. 13 y 31.1 de la Constitución, a falta de una justificación objetiva y razonable, y porque aunque la aplicación a un matrimonio de uno u otro régimen matrimonial es voluntaria no cabe duda del arraigo que tiene en cada Comunidad un régimen económico matrimonial concreto, lo que lleva a los contribuyentes a aceptarlo, siendo comúnmente de aplicación el régimen supletorio”. Aunque el TSJ reconoce que en el régimen de separación de bienes no existe propiamente una puesta en común de bienes, es evidente que se entremezclan las relaciones personales y económicas del matrimonio, por lo que puede existir una comunicación entre las cargas y derechos propios de la relación matrimonial, exigiendo la disolución una liquidación.

La Generalitat de Cataluña interpuso frente a esa sentencia recursos de casación en interés de ley ante el Tribunal Supremo, al considerar la postura del TSJ de Cataluña errónea y gravemente dañosa para el interés general. En opinión de la Generalitat, del tenor del art. 45.I.B) 3 TRLITPO y AJD se desprende claramente que la exención sólo se aplica al régimen de gananciales. Una interpretación que extienda su alcance a todos los matrimonios contradice las reglas de interpretación contenidas en el art. 3.1 del Código Civil y supone una extensión analógica del ámbito de la exención. Además, entiende que la Sentencia del TSJ de Cataluña es gravemente dañina para el interés general, habida cuenta que el régimen de separación de bienes es el régimen ordinario en Cataluña.

El Tribunal Supremo inicia su argumentación poniendo de manifiesto las diferencias existentes entre el régimen de gananciales y el de separación de bienes. Una vez establecidas, el Tribunal señala que “de la mera lectura del precepto controvertido se deduce que la regla contenida en la exención se refiere a la sociedad conyugal, que es una figura propia del régimen económico matrimonial de gananciales, y que está relacionada con el patrimonio ganancial independiente de los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y las compensaciones económicas entre los mismos, por lo que hay que entender que solo afecta a las aportaciones de bienes de los cónyuges a la sociedad de gananciales y a las adjudicaciones y transmisiones de bienes que se efectúen a consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales a favor de los cónyuges, sin que pueda aplicarse al régimen de separación de bienes porque en dicho régimen no existen bienes comunes”. Por otra parte, el Tribunal considera que esta tesis encuentra apoyo en el art. 32.3 del Reglamento del Impuesto (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo), que establece que “[t]ampoco motivarán la liquidación por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio”. Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza que quepa invocar la posible infracción del principio de igualdad que consagra el art. 14 de nuestra Constitución, de no aplicarse la exención por tener las consecuencias de disolución del régimen económico familiar la misma finalidad en ambos regímenes, pues la mayor fiscalidad que soportan dichos bienes en el caso del régimen de separación de bienes deriva de la existencia de transmisión en la adjudicación de los mismos, transmisión que no existe en el caso del régimen de gananciales, “por lo que el trato diferenciado no radica en el

régimen que regula el matrimonio, sino en la existencia o inexistencia de transmisión” (FJ. 6).

XIV. IMPUESTOS ESPECIALES Y OTRAS FIGURAS IMPOSITIVAS

1. IMPUESTO ESPECIAL SOBRE HIDROCARBUROS. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONCIERTO ECONÓMICO. APLICABILIDAD Y REPARTO DEL COSTE DE DETERMINADA EXENCIÓN ENTRE LA HACIENDA FORAL Y LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LOS PUNTOS DE CONEXIÓN DEL CONCIERTO

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010

El objeto controvertido en el presente litigio tiene por finalidad el análisis de determinadas cuestiones relacionadas con el Impuesto Especial sobre Hidrocarburos enmarcadas en el conflicto planteado por la AEAT frente a la Diputación Foral de Vizcaya, constituyendo el eje de la cuestión litigiosa la alegación por parte de la AEAT de la incorrecta imputación de la exención relacionada con dicho Impuesto, que provocó un ingreso indebido en la Diputación Foral de Vizcaya. Objeto litigioso, en efecto, que trae su causa, en concreto, en el hecho de que cierta Compañía Logística de Hidrocarburos practicara la deducción en su totalidad de las cuotas ingresadas en territorio común mientras que no minoró ninguna partida por dicho concepto en las declaraciones ingresadas en Alava, Vizcaya y Navarra. Circunstancia a partir de la cual la Delegación Especial de la AEAT en el País Vasco dirigió a la Hacienda Foral de Vizcaya las correspondientes solicitudes de reembolso. Esto es, y como señala con clarividencia el Tribunal Supremo, la AEAT “dando por buenos la declaración e ingreso realizados por el contribuyente, situó la cuestión en el plano de las relaciones financieras con la Diputación Foral de Vizcaya” (FJ. 3º) situándose el problema en torno al reparto del coste financiero de las exenciones.

Situación, por tanto, que, como indica el Organo juzgador, conduce a que la cuestión de fondo objeto de enjuiciamiento se desdoble en dos teniendo en cuenta que el punto de conexión en los Impuestos

Especiales de Fabricación es el lugar de devengo del Impuesto, tal como señala el art. 33.Dos del Concierto Económico, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, siendo este precepto, por tanto, el aplicable en la presente controversia.

A partir de aquí, se dirime, en primer lugar, la determinación de la interpretación correcta de dicho punto de conexión que, en relación con los ejercicios controvertidos (2003 y 2004), imponía el reparto del coste financiero derivado de la aplicación de la exención de los biocarburantes entre la Administración del Estado y la Diputación Foral de Vizcaya. Por otro lado, y en segundo término, se trata de determinar si es adecuado el criterio de reparto en función de las salidas con impuesto de gasolinas sin plomo de 95 octanos del depósito fiscal del devengo.

Pues bien, en referencia a la primera cuestión planteada (en cuyo análisis el Tribunal hace uso de un largo proceso argumentativo), es tajante el Organo juzgador al afirmar que la respuesta “debe ser positiva” ya que “lo contrario no sólo sería opuesto al equitativo reparto de los recursos financieros entre el Estado y los Territorios Históricos que inspira el Concierto, sino también a la letra de éste” (FJ. 4º) siendo “indudable que no puede tomarse en consideración otro punto de conexión” (FJ. 6º), dado que el art. 33.Uno del Concierto prevé que “los Impuestos Especiales tienen el carácter de tributos concertados que se regirán por las mismas normas sustantivas y formales establecidas en cada momento por el Estado” (FJ. 4º). Es claro, por tanto, como afirma el Tribunal Supremo, que en el fundamento de la petición de la AEAT, en relación con el reparto del coste de las exenciones, se encuentra la identificación del punto de conexión aplicable, en este caso, al Impuesto sobre Hidrocarburos. En relación con la segunda cuestión, centrada por la recurrente en la imposibilidad física y técnica de “delimitar la parte que origina la devolución controvertida”, esto es, la imposibilidad de conocer la cuantía de biocarburante contenido en la mezcla de producto objeto del Impuesto sobre Hidrocarburos y de conocer, por tanto, el territorio, común o foral, del que el producto sale para su puesta en consumo, el Tribunal Supremo señala que la “dificultad se centra en el ‘quantum’ y no en el ‘que’” indicando, en este sentido, que “la Comisión de Concierto ha llegado a un acuerdo para la fijación del ‘quantum’ controvertido, lo que acredita que la dificultad técnica esgrimida no era insuperable” (FJ.7º)

XVI. IMPUESTOS LOCALES

IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS. BASE IMPONIBLE EN LA INSTALACIÓN DE PARQUES EÓLICOS. SE INCLUYE EL COSTE DE TODOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA CAPTACIÓN DE ENERGÍA QUE CONSTEN EN EL PROYECTO PARA EL QUE SE SOLICITA LA LICENCIA DE OBRAS Y NO TENGAN DE SINGULARIDAD O IDENTIDAD PROPIA RESPECTO DE LA CONSTRUCCIÓN REALIZADA.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2010.

La presente sentencia resuelve un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Osuna (Sevilla) contra una sentencia de 27 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) relativa a una liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. El TS estima el recurso, y fija la siguiente doctrina legal: «Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada».

El núcleo principal de la Sentencia puede considerarse que está en determinar qué se entiende por coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, tal y como dispone el art.102 del TRLHL, al equipararlo al coste de ejecución material de aquélla.

Tal y como dispone el FJ3: “La Jurisprudencia había señalado que el coste real y efectivo de la construcción no estaba constituido, como la simple expresión gramatical pudiera hacer suponer, por todos los desembolsos efectuados por el dueño de la obra, sino por el presupuesto de ejecución material de la construcción, instalación u obra, por lo que no se podían incluir en la base imponible los gastos generales, el beneficio industrial ni los honorarios técnicos, ya de redacción del proyecto, ya de la dirección de la obra, ni los gastos referentes al estudio relativo a seguridad e higiene en el trabajo, y ello por ser estos gastos ajenos al estricto concepto de obra civil, (Sentencias de 24 de mayo de 1999, 5 y 24 de julio de 1999 y 15 de abril de 2000, entre otras).

Además, la Sala había excluido los importes correspondientes a equipos, máquinas e instalaciones construidos por tercero fuera de la obra e incorporados a ella, en el sentido de no computar el valor de lo instalado aunque sí el coste de su instalación (sentencias de 18 de junio de 1997 y las que en ella se citan de 3 de abril, 29 de mayo y 28 de junio de 1996, 5 de julio y 24 de septiembre de 1999).

En esta última doctrina se apoyó, primero, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla y, luego, la Sala para resolver la cuestión litigiosa, por lo que procede profundizar en el alcance de la exclusión del coste de los elementos independientes, fabricados fuera de la obra, y adquiridos a terceros, según los criterios también sentados por la Sala”.

Por ello, en el FJ5 se establece que la aplicación de la precedente doctrina al supuesto de obras de un parque eólico lleva a la necesidad al Alto Tribunal de analizar, por un lado, la naturaleza de los parques eólicos, para precisar si sus elementos constituyen equipos susceptibles de un funcionamiento autónomo (que no requieren de la solicitud de licencia urbanística), o si, por el contrario, son inseparables de la obra y se integran con vocación de permanencia, en el conjunto constructivo como un todo, y, por otro, el régimen jurídico aplicable para determinar si además de precisar las correspondientes autorizaciones establecidas por la legislación sectorial el proyecto exige otorgamiento de una licencia urbanística.

El TS se manifiesta por asimilarlo a un todo sirviéndose de las definiciones que sobre parques eólicos se incluyen en las normativas autonómicas y en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que considera inmuebles de características especiales aquellos que constituyen un conjunto complejo de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

Por lo que se refiere al régimen jurídico, los proyectos de energías renovables deben obtener los correspondientes permisos urbanísticos, con carácter previo a su instalación, ya sean autonómicos o municipales.

La conclusión a que llega la Sala es que “en el supuesto de una central eólica en cuanto supone la incorporación de elementos estables y configuradores de una instalación permanente, no un montaje sustituible, que da lugar a una estructura determinada, y que además de precisar las correspondientes autorizaciones establecidas por la legisla-

ción específica exige el necesario otorgamiento de una licencia de obras, forman parte de la base imponible del ICIO el coste de los equipos necesarios para la captación de la energía eólica” (FJ 7).

Por consiguiente, a través de esta Sentencia, el Tribunal Supremo fija Doctrina, pues hasta la misma, las sentencias que había dictado en materia de base imponible del ICIO no podían extraerse conclusiones claras en lo que respecta a la energía eólica. Prueba de ello es la existencia de sentencias contradictorias de los TSJ, pues para algunos los aerogeneradores no debían formar parte de la base imponible del ICIO (Castilla-La Mancha, Navarra, Castilla y León, etc.), mientras que para otros su valor sí formaba parte de la base del ICIO (Canarias y Extremadura, entre otros).

NOTAS:

I El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los apartados I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Contratada Doctor). Los apartados II, V y XIV serán comentados por Esther Sánchez López (Titular de Universidad). Los apartados III y VII serán comentados por Gemma Patón García (Contratada Doctor). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comentados por José Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof. Contratado Doctor). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia M^a Luchena Mozo (Titular de Universidad) realizando también las tareas de coordinación junto al Prof. Dr. D. Miguel Ángel Collado Yurrita (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario). Los apartados XV, XVI y XVII serán comentados por Pedro José Carrasco Parrilla (Titular de Universidad).

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá y M.ª Nieves Pacheco Jiménez
Profesores de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD: CORRECCIÓN DEL CRITERIO SUBJETIVISTA DEL ART. 1902 CC, MEDIANTE LA TEORÍA DEL RIESGO Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. ACCIDENTE EN LUGARES DE ESPECTÁCULOS Y DIVERSIÓN: PROCEDENCIA: ATRACCIÓN DENOMINADA «CASTILLO FLOTANTE». LESIONES SUFRIDAS POR MENOR POR CAÍDA: INSUFICIENCIA O INADECUACIÓN DE LAS NORMAS GUBERNATIVAS DE PREVENCIÓN: RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmándose la sentencia dictada en Primera Instancia que condena a la propietaria de una atracción de feria (“Castillo Flotante”) y a la entidad de seguros “Santa Lucía” a indemnizar a la actora la cantidad de 3.958 euros, más los intereses del art. 20 LCS, por las lesiones sufridas por un menor como consecuencia de la caída de dicha atracción.

La fundamentación jurídica de la AP está consolidada jurisprudencialmente:

“Si bien el artículo 1.902 CC descansa en un principio básico culpabilista, tratándose de diligencia exigible a los titulares de instalaciones públicas, no es permitido desconocer (STS de 19 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10703)) que la diligencia requerida comprende, no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, que en éste caso existen, no habiéndose cuestionado la instalación del artilugio cumpliendo la normativa aplicable, sino, además, todos los que la prudencia imponga

para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia, exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (Ss. T.S. de 23 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1431) , 1 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4566) , 2 de abril de 1986 (RJ 1986, 1788) , 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 5801) y 28 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7750)). (...) Cuando se crea una situación de riesgo con una instalación, en este caso una atracción llamada “Castillo Flotante”, cuyo funcionamiento y fin consiste en que MENORES puedan desarrollar sus juegos en su interior, y cuya situación de riesgo nace de su propio funcionamiento, es plenamente ajustada a Derecho la aplicación de la doctrina jurisprudencial (Ss. T.S. de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4089) , 5 (RJ 1991, 991) y 18 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1446) , y 24 de enero (RJ 1992, 207) y 11 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1209)) expresiva de que, aún siendo cierto que nuestro ordenamiento positivo se basa en el principio de la responsabilidad por culpa (art. 1902 CC) admite, un cierto grado de objetivación de la responsabilidad que se traduce en una inversión de la carga de la prueba y un mayor rigor en la diligencia requerida según las circunstancias del caso, según demanda el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo tecnológico y el principio de que ha de cargarse a quien obtiene el provecho, la indemnización del perjuicio causado (*ubi commodum ibi incommodum*). Debe decirse, que la jurisprudencia mantiene un criterio exigente y restrictivo, cuando lo requiere la peligrosidad de las instalaciones, al tener declarado que aunque se cumplan las formalidades administrativas dispuestas, ello no es bastante para descartar la actuación culposa y consiguiente responsabilidad.

En definitiva: “Una atracción destinada a MENORES si, pese a cumplir los requisitos reglamentariamente exigidos, UN MENOR cae, y sufre, en este caso, las lesiones que constan, es claro que el propio resultado lesivo, proclama la insuficiencia y/o inadecuación de las normas gubernativas de prevención, deviniendo la responsabilidad de los demandados”.

C.D.R.

CONSUMIDORES Y USUARIOS: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad de fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos: procedencia. Daños en el motor del vehículo del actor tras repostar en la gasolinera de la entidad demandada: responsabilidad del empresario: no acreditación de la responsabilidad del usuario o de la idoneidad del combustible. INCONGRUENCIA: improcedencia: aplicación del principio «iura novit curia»: resolución con arreglo a distintos argumentos, o alegaciones jurídicas, a los invocados sin alteración de la causa de pedir. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 23 de septiembre de 2008.

La AP de Albacete confirma la sentencia dictada en Primera Instancia, que, a su vez, estima la demanda interpuesta por D. Lázaro contra Patricio Chamorro S.A., condenando a la empresa dueña de la gasolinera a pagar a la actora 1.354,73 euros, más los intereses legales.

PATRICIO CHAMORRO SA, propietaria de gasolinera distribuidora de combustible para vehículos, cuestiona la condena impuesta por suministrar gasoil en mal estado y que habría ocasionado el 28.09.2007 daños en el motor del vehículo del demandante, Sr Lázaro , al gripar o atascar los inyectores de suministro para la propulsión del mismo.

Dicha responsabilidad se basó en el hecho incontrovertido de que la avería ocasionó la parada del vehículo pocos metros después de repostar, y apenas transcurridos escasos minutos (ello también se deriva del ticket de compra y del albarán de la grúa, ulterior a la inspección del mecánico, en que transcurrió apenas 20 mts) y en el testimonio del mecánico que reparó la avería (describe la misma y cómo es típica del suministro de combustible en mal estado, amén de haber advertido la irregularidad de éste por su textura, olor y color), amén del hecho de que no haya probado la demandada y distribuidora la culpa del usuario (determinante de su responsabilidad también conforme al art 25 y siguientes de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , entonces vigente).

Discute, sin embargo, la apelante que se haya fundado la condena en normativa no esgrimida por el demandante (como fue la indicada Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios), lo que supondría una alteración de la “causa de pedir” e incongruencia de la Sentencia; amén de entender que ha habido error en la apreciación de la prueba por el Juzgado, pues entiende que ha probado suficientemente la idoneidad del gasoil cuando otros vehículos no tuvieron el mismo problema (según habría indicado en juicio un empleado de la gasolinera) y el hecho de

que el demandante reclamara más de 6 días después y reconociera que utilizaba combustible de otros suministradores, que también pudo ser la fuente de la avería.

Respecto a la debida congruencia entre las peticiones de los litigantes y la respuesta debida de los Tribunales, ya el art 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) impone que “El tribunal sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”, por lo que hay incongruencia (causante de indefensión) cuando se produce un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, o cuando se alteran los términos del debate de manera que se produzca indefensión a alguno de los litigantes por vulnerarse el principio de contradicción. Pero no se produce tal incongruencia cuando el pronunciamiento de la resolución coincide con lo pedido aunque por distintos argumentos a los invocados, por aplicación del principio “iura novit curia”, si bien dicho principio tiene como límite que los argumentos utilizados por el Tribunal no alteren los términos en que se ha desarrollado la litis.

La incongruencia se refiere a la relación entre pretensiones y fallo, no a los argumentos, y así lo reiteran las Sentencias del Tribunal Supremo de 2.03.2000, 10.04.2002 y 11.03.2003 (RJ 2003, 2571).

C.D.R.

PROPIEDAD INTELECTUAL: PROTECCION DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: cese de actividad ilícita: procedencia: dibujos realizados sobre el cartón de las cajas empleadas por la demandada para empaquetar sus mercancías con las obras protegidas: reproducción o copia de una misma obra. Improcedencia: cuadros efectuados sobre escayola, que la mercantil destinaba a regalar a sus clientes o a la venta: ausencia de una plena identidad que permita concluir, que estamos ante la llana y simple reproducción de una obra previa, ni tampoco en sentido técnico ante una simple transformación de la misma: realización de dos obras distintas con un mismo motivo. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 27 de enero de 2009.

En la demanda rectora del procedimiento se consideraba vulnerado el derecho de propiedad intelectual al haberse hecho uso por la demandada de la obra protegida en tres soportes o productos distintos, a

saber: en las botellas o envases que contienen las bebidas que la demandada comercializa, en la decoración de las cajas o embalajes en las que se distribuyen en el mercado; y en un conjunto de cuadros en relieve pintados a mano sobre escayola. Sin embargo, en la sentencia de instancia, se alude de forma indistinta a que la obra protegida se ha utilizado en embalajes (fundamento jurídico cuarto), habiéndose referido antes a los “envases de las botellas” (que evidentemente no son las botellas mismas que contienen el licor) y a los “envases de productos cerámicos”. Así pues, la sentencia de instancia considera, -- aunque la parte dispositiva de la misma, en tanto como se ha dicho trasunto parcial del suplico de la demanda, pudiera no ser al respecto lo bastante clara--, que la obra protegida fue empleada sin autorización en las representaciones gráficas que sobre cartón empleaba la demandada para embalar una parte de sus productos y en los cuadros en relieve sobre escayola, no, por tanto, en las propias botellas que contienen el licor comercializado por Destilerías Ortega, S.L.

Comenzando por el primero de dichos motivos de impugnación, ciertamente la obra protegida, es decir los dibujos a tinta china sobre papel vegetal realizados por Don Eladio, tienen como motivo o representan distintos monumentos o parajes de esta ciudad de Cuenca (las Casas Colgadas, Ronda de Julián Romero, vista trasera de la Catedral, Torre Mangana, etc.). Sobra decir que, en cuanto tales motivos u objetos, los mismos no resultan susceptibles de protección a través de la propiedad intelectual, sin que el hecho de se integren o formen parte de la obra de cualquier autor, excluya el derecho que cualquier otro tiene de emplearlos también en sus propias obras. No se trata, en ese sentido, de un objeto original (por inexistente con anterioridad), creación propia, que pudiera resultar incorporado a una obra de cualquier clase. Sin embargo, ello no empece, como debiera ser evidente, para que el modo en que dichos motivos u objetos se incorporan a una determinada obra susceptible de protección en materia de propiedad intelectual, --cual lo son, sin duda, los dibujos--, añada a dichos objetos o motivos una sustantividad propia, una forma de ser o aparecer, fruto de la sensibilidad artística de su autor que es lo que, en realidad (y no el motivo u objeto mismo) resulta susceptible de ser protegido, en cuanto es propio de quien así lo crea. Fácilmente puede ser comprendido que, por acudir a un ejemplo pacífico y de conocimiento prácticamente universal, la representación que Leonardo hiciera de la “Ultima Cena”, de haber estado protegida por la propiedad intelectual, no impediría a otros autores representar esa misma escena, utilizar el mismo motivo en sus obras, pero sí copiar o emplear la ideación que de aquella efectuara el artista, por cuanto, en tal caso, el motivo de la segunda obra no sería tanto la “Ultima Cena” misma como la visión o perspectiva artística que de ella se aporta en la primera obra.

Sentado lo anterior basta comparar los dibujos realizados sobre el cartón de las cajas empleadas por la demandada para empaquetar sus mercancías (folios 31 y siguientes) con las obras protegidas (folios 13 y siguientes) para comprender que no es que aquéllas compartan con éstas un mismo tema o motivo, sino que significan una simple y llana copia de las primeras. Nótese, por ejemplo, como el documento diez acompañado con la demanda adopta idéntico encuadre y perspectiva que el del dibujo que consta al folio 25, hasta el punto de que las zonas sombreadas en uno y otro caso resultan idénticas.

Resulta innegable que en la realización de los cuadros de escayola se adoptó por su autor, a requerimiento de su cliente (la demandada), un objeto idéntico al de alguno de los dibujos protegidos e, incluso, en algún caso, con una perspectiva muy semejante (es decir, contemplados desde una parecida posición). Sin embargo, tratándose, como se ha dicho, de objetos felizmente de libre acceso y, en todos los casos, en extremo representativos de esta ciudad, no puede decirse que nos hallemos ante una misma obra copiada o reproducida, no solo como consecuencia de su diferente factura (en un caso dibujos a tinta china y en otro relieves sobre escayola) sino esencialmente por las diferencias advertidas entre una y otro, plasmado la diferente visión que sobre un mismo objeto muestran los distintos autores. Nada impide, --tampoco la protección que es propia de los derechos de la propiedad intelectual--, para terminar, que comercializada una determinada obra (en este caso los dibujos a tinta china), un autor distinto tome un mismo modelo o motivo para incorporarlo como objeto de su nueva (y no reproducida) obra. En este punto, corresponde estimar el recurso de apelación interpuesto por entender que en los tan citados cuadros de escayola en relieve no se han vulnerado los derechos de propiedad intelectual del actor.

C.D.R.

INTERDICTO DE RECOBRAR: Improcedencia. Prescripción de la acción: obras de excavación a gran profundidad en la finca de la demandada: no consta que se continuara con la misma excavación menos de un año antes de formularse la demanda. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 17 de abril de 2009.

Se alza la recurrente contra la sentencia apelada alegando que ésta incurre en error en la valoración de la prueba practicada por cuanto termina determinando que la acción de tutela sumarial de la posesión ejercitada por la apelante se ha instado transcurrido más de un año

desde la perturbación o despojo en la posesión, por lo que no debe estimarse por extemporánea; alegando la apelante que consta en la causa prueba suficiente de que la acción de perturbación y despojo por los demandados se produjo en los primeros meses de 2007 habiéndose formulado la demanda en Junio de este mismo año.

En cuanto al plazo de prescripción del art 1968 CC, de un año a contar desde el acto de perturbación o despojo, debe señalarse que al ser esta una figura de interpretación restrictiva, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la determinación de la fecha inicial del computo del plazo de prescripción corresponde a la parte que invoca su transcurso para la improsperabilidad de la acción, de forma que las dudas sobre éste no deben resolverse en principio en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción con base a la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que pesa la carga de la prueba de los hechos impositivos o extintivos del derecho el litigio (STS 12.5.97 (RJ 1997, 3833) , 16.12.87 o 7.3.94 (RJ 1994, 2196) entre otras).

La sentencia apelada, con acertado criterio, funda su valoración de que la acción de perturbación y/o despojo por los demandados se llevo a cabo entre el 4 de abril y el 25 de mayo de 2006, habiéndose presentado la demanda en junio de 2007, en base a dos pruebas si aportadas en la causa, objetivas y de cualificado valor probatorio lógico y racional por su propia naturaleza y por el organismo o personas que las emiten o realizan y su presumible imparcialidad en este asunto: una de ellas el acta notarial de presencia aportada por la propia actora de fecha abril de 2006 en la que consta por la situación de los muros y ventanas del inmueble de la demandada que la perturbación denunciada no se había producido todavía; y otra el documento emanado del Excmo. Ayuntamiento de Toledo, aportado por la demandada, de fecha 24.5.06 en que expresamente se comunica a la demandada que se ha observado la demolición de un inmueble de su titularidad “habiendo quedado un volumen de tierras importante con un talud prácticamente vertical y con escasa estabilidad con peligro de desplazamiento hacia el interior del solar y por tanto hacia la calle Cava Baja” (es decir, hacia el inmueble de la demandante según la situación de ambas fincas que resulta de la documental por certificaciones catastrales), requiriéndole a la demandada para que adoptase las medidas de seguridad pertinentes para garantizar la estabilidad del talud y evitar daños. Puesto ello en relación con la demanda del apelante, que configuraba el acto de perturbación/despojo como unas obras de excavación a gran profundidad en la finca de la demandada,

el acto de perturbación alegado queda unido de forma incuestionable a dicha documental citada y tenida en cuenta en la sentencia apelada, pues un talud prácticamente vertical con un volumen importante de movimiento de tierras se produce por una excavación profunda y ello además es lo que se desprende de las fotografías aportadas con la demanda (doc num. 17 en adelante) y es lo que efectivamente según se alega puede ser causante además de un perjuicio en los cimientos de los muros de la apelante, talud que ya existía por prueba objetiva ya reseñada el 25.5.06.

C.D.R.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE DE TRABAJO: procedencia: caída de obrero desde el primer piso del forjado al suelo por el hueco existente para el montacargas. Falta de medidas de seguridad en el lugar: inexistencia de elementos de cierre o barandilla, o individuales de seguridad para el operario, a quien no se facilitó formación y/o información sobre la obra. Responsabilidad «in vigilando» de la constructora que no es extensible al arquitecto, aparejador o promotor. Indemnización: aplicación de la LOSSP. **SEGURO: OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR:** recargo por demora: procedencia: intereses: interés legal del dinero incrementado en un 50% desde la fecha del accidente hasta dos años más tarde, y desde esa segunda fecha y a la de su completo pago el 20% anual. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 1 de abril de 2009.

En primera instancia, y con base al art. 1902 CC fue ejercitada una acción de reclamación de cantidad por culpa extracontractual, siendo su hecho generador un accidente laboral en el que el Sr. Cirilo, albañil, empleado de la constructora Construcciones Pachucha, S.L., estaba realizando una obra -vivienda- en la que figuraba como promotor D. Norberto, bajo proyecto del arquitecto superior D. Isaac y siendo el arquitecto técnico, D. Federico, y a los que conjunta y solidariamente (junto con sus respectivas aseguradoras, Winterthur, Mussat y Asemas), reclamaba el pago de la suma de 291.573,36 €, con sus intereses correspondientes, como consecuencia del accidente ocurrido el día 18 de septiembre de 2001, cuando el trabajador demandante, oficial de segunda, en la obra en construcción sita en la C/ Valera de Burguillos (Toledo), cayó por el hueco del maquinillo, lo que le ocasionó lesiones, con sus días de incapacidad, secuelas, y factor de corrección derivado de la situación de “gran invalidez” que sufre y que ha sido reconocida por el INSS y que reclama en la cuantía y forma reseñada.

La sentencia de instancia, que excluye la responsabilidad del promotor Sr. Norberto, así como la de los arquitectos superior (Sr. Isaac), y técnico (Sr. Federico) y de las aseguradoras de estos últimos (respectivamente, Mussat, Mutua de Seguros, y Asemas), declara responsable exclusivo a la codemandada Construcciones Pachucha, S.L. y a su aseguradora Winterthur, Seguros Generales S.A. (igualmente codemandada) y condena a la constructora a indemnizar al demandante en 211.679,88 euros, respondiendo solidariamente su aseguradora en 84.141,70 euros, sin condenar al devengo de intereses, sin imposición de costas a los condenados e imponiendo al actor las del resto de los codemandados.

Dicha resolución se recurre, en primer lugar, por el propio demandante Sr. Cirilo; en segundo lugar, recurre la sentencia la constructora demandada Construcciones Pachucha S.L., condenada en la instancia, con alegación de error valorativo, consignando lo procedente al triunfo de su alegato, así como de infracción de los arts. 1902 y 1903 CC, suplicando la absolución de su defendida. Igualmente recurre Winterthur, Seguros Generales, S.A., aseguradora de la anterior e igualmente condenada en los límites de la convención vigente entre ambos.

Analizando las distintas conductas objeto de revisión, debe reiterarse que la responsabilidad ha de imputarse, con exclusividad a Construcciones Pachucha S.L., y por extensión a su aseguradora. No basta con que el resto de la obra -informe de la Inspección de Trabajo- tuviere las pertinentes medidas de seguridad, que faltaron en el lugar en que se produjo el accidente a más que se observe una falta de formación de los trabajadores en los posibles riesgos laborales en presencia; como también en la circunstancia de que el hueco por el que se precipita el obrero no estaba correctamente protegido (a través de elementos de cierre, barandilla, o similares), y en el no uso de elementos individuales de seguridad (arnés o casco); como también, primordialmente y a juicio de la Sala, en que siendo esa la primera vez que acudía el operario accidentado a la obra, ninguna “formación y/o información” se le había facilitado sobre la misma, por mucho que por su antigüedad en la empresa se pudieran presumir sus conocimientos o su profesionalidad, si entendemos por tal información el del estado de la obra y su posible especialidad, como lo prueba el hecho de que el trabajador, cuando acude a la obra junto con dos compañeros el día de los hechos, no hay allí responsable alguno de la mercantil constructora que le aleccione sobre su cometido, sobre el estado de la obra o su seguridad, ni que vigile -y esta es obligación directa de quien construye, de quien ejecuta materialmente, que los operarios adoptan las medidas de seguridad convenientes a la función concreta que están realizando, pues ni se puede exigir, ni lo hace la norma,

que los profesionales (arquitecto y aparejador), por mucho que tengan obligación de visitar la construcción periódicamente o a las concretas obligaciones del segundo, hayan de estar permanentemente en la obra vigilando las medidas de seguridad o que se cumple el Estudio Básico, más allá de la supervisión general del mismo, y tampoco -como luego se analizará-, podría haberse imputado el hecho a título de culpa al coordinador de seguridad, de haber existido, en cuanto la norma de su creación tampoco le exige esa concreción, sino otras funciones, por lo que debe concluirse que la obligación lo es del constructor en forma directa, que es quien realiza el trabajo, debiendo terminarse por aseverar -también luego a ampliar-, el estado en que se encontraba la obra cuando ocurre el accidente.

No puede, rechazando los argumentos del constructor condenado, extenderse la responsabilidad al arquitecto o al aparejador (o consecuentemente a sus aseguradoras). Respecto del primero cumplió con su obligación, que nadie discute, de elaborar en exigible Estudio Básico de Seguridad y Salud en el Trabajo, no correspondiéndole vigilancia concreta alguna durante la ejecución de la obra, ni se le exige la permanencia constante en la misma -como tampoco al aparejador-, siendo su función la de vigilancia de adecuación de lo que se ejecuta a su proyecto y a que se ejecuta con sujeción a correctas técnicas constructivas, pues el desarrollo y ejecución de la obra día a día, no le compete a él ni al aparejador, sino a quien la construye; todo ello sin olvidar que aquí la omisión culposa está individualizada, sin perjuicio de que el resto de las medidas de seguridad habían sido observadas (informe de la Inspección).

Finalmente debe ser analizada la posible responsabilidad del promotor y la incidencia que el presente supuesto tenga la existencia (nombramiento o contratación) del coordinador de seguridad a que se refiere Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (RCL 1997, 2525) , sobre “disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción”, antecedente en la materia de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799) , de Ordenación de la Edificación , ambas en vigor en el momento en que ocurre el hecho. La cuestión central a resolver y en la que mayor insistencia se efectúa, es la relativa al coordinador de seguridad. Por tanto, lo que cabe preguntarse es si la existencia o no de tal coordinador, o en puridad su falta de nombramiento por el promotor, genera culpa solo por tal circunstancia, y la respuesta, conforme se viene relatando, debe ser negativa, en cuanto es la propia Inspección de Trabajo la que dice que las medidas de seguridad estaban correctamente adoptadas -se entiende conforme al plan de prevención general que debería tener la empresa constructora-, y si el inspector cita

como infracción la falta de coordinador lo puede ser administrativa, pero evidentemente carece de efectos para, por sí misma, generar culpa (art. 1902 CC). Lo que importa es la inobservancia, la culpa “in vigilando”, que es la que origina el accidente, y la misma es sólo imputable al constructor.

En orden a la a las consecuencias del accidente laboral, la sentencia aplica por analogía el baremo que establece la Ley 30/1995 (RCL 1995, 3046) de Ordenación del Seguro Privado para la cuantificación de las lesiones, secuelas e invalidez. La Sala no comparte tal criterio en cuanto tal baremo solo rige imperativamente para el tipo de accidentes que regula, por lo que aquí no hubiera existido óbice para que aplicara un criterio motivado de discrecionalidad, aunque tampoco tiene por qué rechazarse tal criterio, siempre que se lleve a cabo en su integridad, es decir, aplicando el vigente al evento, y desde luego sin infringir, como se hace en la sentencia, en art. 2.3 CC ., en cuando aplica con carácter retroactivo una norma inexistente a la fecha del accidente, y que además es perjudicial a la víctima, por lo que debe ser acogida la denuncia de la infracción cometida, declarar indebidamente aplicada Ley 34/2003, de 4 de noviembre (RCL 2003, 2600) , y el RD. 8/2004, de 29 de octubre (RCL 2004, 2310) , en cuanto a la valoración separada de los perjuicios fisiológico y estético, por lo que sería de aplicación la mentada Ley 30/1995 (RCL 1995, 3046).

Igual acogida merece el que afecta a los intereses moratorios (arts. 1100, 1102 y concordantes CC.), a imponer al condenado y codemandado Construcciones Pachuca, S.L.

C.D.R.

DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA: inexistencia: críticas a actuación política de grupo de gobierno de ayuntamiento en las que tangencialmente se menciona a la actora, interventora accidental del ayuntamiento y casada con el concejal de hacienda: prevalencia de la libertad de expresión. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 26 de enero de 2009.

En Primera Instancia se desestima la demanda de D^a Celsa (interventora accidental del ayuntamiento), por supuesta intromisión en su honor llevada a cabo por la demandada “Agrupación Socialista de Pedro Muñoz”. La demandante recurre en apelación por considerar que los hechos puestos de manifiesto en la demanda no encuentran su jus-

tificación en el enfoque de la libertad de expresión a través de la crítica política sino que se trata de información no se corresponde con la realidad y en ese sentido, atentatorio al buen nombre y dignidad personal y profesional de la actora.

La AP revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de condena en costas a la parte demandante. Asimismo, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

“En definitiva, sobresale en el supuesto enjuiciado el ánimo de crítica que se halla comprendido en el derecho a la libertad de expresión que ampara, asimismo el art. 20.1.a) CE (RCL 1978, 2836) , que como tal goza de un campo de acción más amplio que el de la libertad de información y que, como recuerda la STS de 10 Diciembre 2008 (RJ 2008, 6979) , con cita de la de 31 Enero 2008 (RJ 2008, 1303) , la jurisprudencia admite reforzar la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, como se da en el supuesto de autos; comprendiendo la crítica de la conducta de otro aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige (SSTC 6/2000 de 17 Enero (RTC 2000, 6) , F5; 49/2001 de 26 Febrero (RTC 2001, 49) F.4; y 204/2001, de 15 de octubre (RTC 2001, 204) F, 4). Por lo demás, que la actora se haya visto obligada, como hace notar en su recurso, a acudir a la vía civil en lugar de plantear el conflicto en el contexto administrativo donde desenvuelve su ejercicio profesional, es argumento carente de trascendencia en el asunto para motivar una modificación del fallo producido en la instancia”.

C.D.R.

MEDICOS Y PROFESIONALES SANITARIOS: RESPONSABILIDAD: procedencia: intervención de septoplastia: hipoxia sufrida en el proceso anestésico causa del foco epileptógeno que padece el demandante. Aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Consentimiento informado: ausencia de información específica sobre los riesgos de dicha complicación de hipoxia y la encefalopatía consiguiente: no basta argumentar que el paciente pudo hacer las preguntas que tuvo por conveniente y que firmó el consentimiento. Indemnización: cuantificación. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 17 de septiembre de 2009.

La cuestión esencial en el caso presente versa sobre la existencia o no de nexo causal entre la intervención quirúrgica practicada al paciente (demandante/recurrente), consistente en una septoplastia, y la situación en que queda dicho paciente tras sufrir una hipoxia.

Mientras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, basándose en el resultado de un informe médico, que concluye que “no puede no puede establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre el foco epileptógeno que presenta el paciente y el incidente hipóxico producido, pudiendo el mismo tener otras causas”, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación en función de los siguientes datos fácticos:

“a- No existe documentado incidente previo del demandante que revele la preexistencia de dicho foco epileptógeno a la intervención quirúrgica, ni la constancia de causa o sintomatología previa a la misma (Historia clínica del paciente y propia declaración en juicio del médico forense, el cual constata la inexistencia de datos que permitan inferir la preexistencia de dichos padecimientos).

(...) b- En el Juicio clínico (informe o parte de evolución obrante al folio 149-150) se refiere el episodio de desaturación de oxígeno en el contexto de la intervención, con foco epileptógeno occipital y episodios de borrosidad visual autolimitadas. Se le constata un foco epileptógeno de carácter irreversible. El uno de marzo de dos mil seis es revisado por el equipo de valoración de incapacidades del INSS. Se constata cuadro clínico residual consistente en episodio de encefalopatía en relación con hipoxia durante la anestesia, foco epileptógeno cerebral, cefaleas vasculares, episodios de inestabilidad y visión borrosa, lo que motiva que la Dirección Provincial del INSS le reconozca la situación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual, ampliada posteriormente al grado de absoluta por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

c- No existe dato, elemento objetivo o medio de prueba que indique la existencia de incidente posterior a la intervención quirúrgica que pueda ser causa de dichos padecimientos.

d- No se cuestiona que la hipoxia durante la anestesia pueda causar las secuelas padecidas por el demandante, sino que también puede tener otras causas, que no se objetivizan ni se constatan”.

A partir de estos hechos, la AP se convence de la existencia de nexo causal necesario para la imputación de responsabilidad civil y, al

mismo tiempo, aplica los principios de facilidad y disponibilidad probatoria:

“Del análisis de los anteriores hechos se han de estimar las alegaciones del recurrente, en cuanto a la indebida apreciación de la prueba practicada por la Sentencia de Instancia. Los datos que ofrece el proceso son la acreditación de una situación secular incapacitante y un incidente de hipoxia durante la anestesia, que puede ser causa eficiente de dichos padecimientos. No existe dato alguno que revele la preexistencia o la producción posterior de otro incidente que pudiera ser causa probable de dichas lesiones funcionales. El argumento que combate la falta de acreditación del nexo causal parte pues del planteamiento de hipótesis no objetivadas ni documentadas, ni siquiera sugeridas con una mínima consistencia o certeza, para cuestionar la relación de la consecuencia con una causa eficiente y probable sí acreditada y documentada. La prueba practicada y la más elemental lógica revelan la única constancia de una causa eficiente para provocar el cuadro residual del paciente.

La aplicación de las reglas de la prueba, las consideraciones que han de realizarse sobre la fuente de la misma y su disponibilidad, no pueden llevar a exigir que el demandante pruebe que no concurrieron otros eventos que pudieron causar dicho mal, pues ello implica obligar al demandante a entrar en el terreno de las meras hipótesis y exigirle una prueba más que difícil sobre extremos negativos. Cumple el demandante con la carga de la prueba cuando se acredita la producción de un hecho de entidad suficiente, probable y lógica para causar el daño y la existencia de dicho daño. Es quien niega dicha relación causal contrastada, quien en todo caso debe probar la existencia de algún elemento que destruya la relación de causalidad acreditada y en este caso ni se constata dicho elemento o hecho, ni siquiera se sugiere con una mínima certeza, bastando para descartar lo que la lógica infiere la alegación de que pudieron concurrir otras causas”.

La AP presenta un discurso sobre el problema del consentimiento informado, llegando a la conclusión de que en el supuesto de hecho de la sentencia se ha producido un déficit de información que ha perjudicado al paciente:

“La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*. Dicha información, que puede ser verbal o escrita, ha de alcanzar los riesgos específicos del tratamiento aplicado, incluidos los riesgos personalizados, sin que dicha obligación pueda entender alcance a situaciones improbables o de carác-

ter excepcional. Corresponde al profesional, quien tiene a su disponibilidad los medios de prueba, probar que dicha información se efectuó de forma suficiente. (...)

Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales (SSTS 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073) , 16 de octubre de 1998, 10 de noviembre de 1998, 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1508) , 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3) y 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554) , rec. 4072/1999).

De acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem [a los efectos de la prueba] (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000 (RJ 2000, 9206) , 10 de febrero de 2004 (RJ 2004, 456) , 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8891) rec. 189/1999), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916)), como exige hoy la LAP (RCL 2002, 2650) . La falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene el art. 10.5 y.6 LGS (RCL 1986, 1316) , vigente en el momento de los hechos”.

Dicho lo anterior, si mediaran omisiones de información de los riesgos generales y concretos, la firma o conformidad del paciente impresa en el consentimiento informado lo que indica es que fue informado del contenido que refiere la misma, haciendo prueba de dicho extremo, más no implica renuncia del paciente a toda información relevante ni salva las omisiones que pudieran realizarse. Se disiente de dicho razonamiento recogido en la Sentencia de Instancia.

SEXTO

Atendida la documentación obrante en los autos, y la información que se le prestó sobre los riesgos de la anestesia general (folios 126-127), no consta información específica sobre los riesgos de dicha complicación

de hipoxia y la encefalopatía consecuente. Tampoco se aduce ni se prueba que dicha información fuera completada verbalmente. Del mismo modo, si bien el propio paciente informa de su condición de fumador, ninguna previsión concreta se le realiza, máxime, aún cuando se afirme no es frecuente, se realizan alegaciones en cuanto a dicha condición para explicar una posible causa de la hipoxia.

De la lectura del consentimiento informado para anestesia general, se refieren, entre sus riesgos típicos, las alteraciones respiratorias que pueden producirse durante la colocación del tubo por que pase al pulmón en contenido del estómago, realizando recomendaciones para prevenirla (ayuno las seis horas previas), así como información sobre los riesgos de reacciones alérgicas. Sin embargo nada se afirma de la complicación de hipoxia, hipoxemia o anoxia, ni en concreto de su causa por broncoespasmo por existencia de moco en paciente fumador, ni se realiza ninguna recomendación al respecto. No basta argumentar que el paciente pudo hacer las preguntas que tuvo por conveniente y que firmó el consentimiento, dándose por debidamente informado, pues, aunque se trate de una intervención en el ámbito de la medicina curativa, el deber de informar sobre los riesgos típicos, específicos y concretos al paciente corresponde al profesional. Se reiteran las consideraciones realizadas en anterior fundamento.

La hipoxia como complicación de la anestesia no constituye una situación imprevisible, ni excepcional. Basta para ello atender a las afirmaciones que realizan los peritos en el acto del juicio y especialmente la afirmación del médico forense que respondiendo a dicha pregunta, afirma con rotundidad que la hipoxia es un riesgo o una complicación de la anestesia. Ha de concluirse, pues, que la deficiente información, sin inclusión en la misma de información al respecto de una complicación o riesgo de la anestesia, conculca el deber de información y supone una infracción de la *lex artis*”.

Por último, la AP analiza la cuantía de la indemnización reclamada a la demandada MAPFRE, que finalmente asciende a lo solicitado por el demandante (122.737,85 euros), más los intereses del art. 20 de la LCS:

“Entiende esta Sala, sin desconocer la existencia de doctrina en sentido contrario, que la ausencia de información del riesgo y en consecuencia la defectuosa información, no sólo ha de alcanzar en su indemnización al daño moral producido por dicha privación de información, sino a su resultado lesivo, teniendo en cuenta la entidad del mismo,

que culminó en una situación incapacitante, y la falta de prevención e información de los riesgos concretos, si se afirma, desde la postura de los profesionales intervinientes, que se produjo el descenso del nivel de oxígeno en la sangre por broncoespasmo motivado por la existencia de moco, dada su condición de fumador. Debe ponderarse, igualmente, el grado de necesidad y levedad de la intervención correctora de la desviación del tabique nasal para evitar obstrucciones respiratorias, que constata, en definitiva, una desproporción entre la entidad del acto quirúrgico que se iba a practicar- septoplastia para corregir dificultades respiratorias- y el riesgo asumido y producido en el curso de ella, que culminó con la merma funcional que le lleva incluso a impedir el ejercicio de su actividad laboral. Nos encontramos dentro de la obligación de medios y en el ámbito de la medicina curativa, pero no es de desdeñar la correcta información de riesgos en intervenciones que por leves que sean (máxime cuando no nos encontramos en supuestos de intervenciones urgentes ni imprescindibles o vitales) el paciente puede y debe valorar, con la información precisa, su voluntad y consentimiento a la misma, atendido el beneficio de la intervención y los riesgos, específicos y concretos, que asume”.

C.D.R.

PROPIEDAD HORIZONTAL (LEY 8/1999): ELEMENTOS COMUNES. Instalación de aparato de aire acondicionado en la fachada exterior del edificio. Actuación permisiva de la Comunidad de propietarios en casos similares: existencia de aparatos semejantes. ABUSO DE DERECHO: alteración de elementos comunes: doctrina del TS y Audiencias Provinciales que tiende a evitar «agravios comparativos», injustos resultados y aplicaciones automáticas de la ley. Audiencia Provincial del Albacete, Sentencia de 12 de enero de 2009.

La cuestión principal que se discute en el caso es si ha de ser retirado un aparato de aire acondicionado cuya instalación vulnera las normas estatutarias contenidas en la declaración de obra nueva y división horizontal, que preveían la posibilidad de su instalación, si bien en determinados huecos exteriores, exigencia que no se cumplió.

En ambas instancias es desestimada la pretensión de la Comunidad de Propietarios de retirar el aparato de aire acondicionado ya instalado. La fundamentación jurídica de la decisión es clara: la instalación del aparato de autos está en la fachada exterior y no cuenta con la autorización de la Comunidad, incumpliendo así uno de los requisitos para

su instalación y ello porque toda comunidad es dueña de la estética de su finca y tiene derecho a salvaguardarla. Ahora bien, no podemos olvidar como no lo hace la Sentencia de instancia y de ahí que aceptemos sus argumentos, el criterio de igualdad ni la postura que viene adoptando la comunidad en aras a la conservación de la estética de las fachadas, pues ambos, que vienen a ser expresión de lo mismo, podrían llevarnos, de no ser valorados, a que prevalecieran situaciones rayanas al abuso de derecho.

La doctrina que sustentamos tiene su apoyo entre otros y por ser significativa, en la SAP de Madrid de 4-1-2006 (JUR 2006, 63925) cuando señala: “no podemos olvidar que en ocasiones, se ha acudido al criterio de igualdad -el derribo contravendría el principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE en relación a los otros propietarios-, cuando instalaciones como la litigiosa han sido llevadas a cabo, sin objeciones por la Comunidad, por otros comuneros, así -en este sentido STS de 5 de marzo de 1.998 (RJ 1998, 1577) -. Efectivamente principios de equidad mantienen que no pueda aplicarse a un comunero un criterio distinto del seguido con otros ni un desigualdad injustificada de trato entre los distintos comuneros - SAP de Baleares, Sección 5ª, de 23 de abril de 2.004 (AC 2004, 862) -. El trato discriminatorio entre comuneros carente de la suficiente justificación, como ya tuvo ocasión de resaltar el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 1.990 (RJ 1990, 8277) , constituye un verdadero abuso de derecho que los Tribunales de Justicia no pueden amparar. Desde esta consideración es de valorar la circunstancia también probada de que el edificio ha sufrido otras alteraciones mediante, entre otras, obras de cerramiento de terrazas de la misma planta ático del edificio, y en su mayoría, presentan un impacto incluso superior en la fachada del edificio. El contenido de ese cuerpo de doctrina es contundente y ha creado una corriente jurisprudencial importante, que tiende a evitar «agravios comparativos», injustos resultados y aplicaciones automáticas de la Ley, desconectadas de la letra y del espíritu de los artículos 3.1 CC y 7 del mismo texto legal, teniendo declarado la jurisprudencia en cuanto a la configuración o estado exterior que no tienen el carácter de un concepto absoluto, sino de contornos flexibles y variables en función de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo estarse a su importancia o trascendencia, así como a la situación o estado exterior de cada inmueble.

C.D.R.

SUCESIÓN HEREDITARIA: RESERVAS HEREDITARIAS: RESERVA TRONCAL: doctrina jurisprudencial sobre art. 811 CC: interpretación: el derecho de reserva se actúa automáticamente, una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios, que son determinados en ese preciso momento. Improcedencia: demandantes que no eran parientes dentro del tercer grado del reservista y que no pertenecían a la línea de la que los bienes proceden. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 18 de junio de 2009.

Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que denegó el derecho de los demandantes a determinados bienes hereditarios que pretendían en virtud de reserva lineal del art. 811 CC por entender el Juez que los mismos no eran parientes dentro del tercer grado del reservista y tampoco pertenecían a la línea de la que los bienes procedían.

Se trata de unas fincas que pertenecieron a D. Benigno, quien las dejó en herencia a su hijo Cesáreo, casado con Alejandra. Las fincas pasaron por herencia al hijo de ambos Enrique, casado con Catalina y a la muerte de Cesáreo a su hija Petra, la cual falleció siendo niña, sucediéndola en las fincas litigiosas su madre Catalina.

La pretensión de los demandantes es que Catalina, que siendo viuda contrajo segundas nupcias con Virgilio, no puede dejar en herencia las fincas recibidas de su hija Petra a su hija del segundo matrimonio, la hoy demandada Reyes, pues vulneraría el art. 811 CC, ya que al recibir por ministerio de la Ley (herencia intestada) bienes de su hija que a su vez esta había heredado de un ascendiente (su padre Enrique), estaba obligada a reservarlos a favor de los parientes del tercer grado y de la línea de la que los bienes proceden; rechazando la sentencia ambos requisitos, es decir, que los actores sean parientes de tercer grado de la niña Petra y que pertenezcan a la línea de la que los bienes proceden, toda vez que los demandantes resultan ser descendientes del segundo matrimonio de Alejandra, la cual casó en segundas nupcias con Juan Ramón y tuvieron una hija, Ana, de la que son hijos los demandantes.

C.D.R.

SUCESION TESTAMENTARIA: LEGADOS: usufructo universal y vitalicio de toda la herencia a favor de la esposa: modificación del cuaderno particional para respetar el legado. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 4 de mayo de 2009.

La AP estima en parte el recurso de apelación revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de División de Herencia, ordenando la rectificación de las operaciones relativas al pago o adjudicación de bienes y derechos a la cuota o haber de cada heredero hasta la cantidad suficiente según el avalúo para cubrir este haber, respetando en todo caso el legado del usufructo universal y vitalicio de toda la herencia establecida por el testador a favor de Doña Julia (apelante), manteniendo inalteradas el resto de las operaciones que no se vean directa o indirectamente alteradas por esta manda, sin especial imposición por las costas de esta alzada.

Del contenido del testamento se desprende la voluntad clara del testador de establecer un usufructo universal y vitalicio de toda su herencia a favor de su esposa, que los herederos han de respetar.

En este sentido, la interpretación de las disposiciones testamentarias está presidida por el principio de la supremacía de la voluntad de testador de modo que “toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador” (art. 675 CC).

Pues bien, desprendiéndose claramente la intención del testador de establecer un usufructo universal y vitalicio de la totalidad de su herencia a favor de su esposa, tal legado debe ser respetado por los herederos. Se advierte por la doctrina que pese a carecer de una regulación específica el Código Civil (LEG 1889, 27) (más allá del art. 510) el usufructo universal y vitalicio de una herencia constituye una institución doctrinal y jurisprudencialmente aceptada, siempre que se respeten las legítimas, y supone la constitución a favor de legatario de un derecho real sobre todos los bienes de la herencia.

Aclara igualmente la doctrina que aun constituido sobre una universalidad de bienes no por ello pierde su carácter de disposición particular. De este modo establecida esa cláusula en el testamento, resulta de aplicación el artículo 886 del Código Civil de modo que “el heredero cumple con dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Lo expuesto en los párrafos precedentes nos lleva a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, debiendo modificarse el cuaderno particional en la atribución de los bienes y derechos, de manera que se respete el legado del usufructo universal vitalicio de toda la herencia de D. Ceferino, conforme al testamento otorgado en fecha 16 de julio de 1980, por lo que el resto de los herederos y particularmente

el contador-partidor habrán de estar y pasar por tal declaración y respetar dicho legado.

C.D.R.

CONSUMIDORES Y USUARIOS: DERECHO DE DESISTIMIENTO: Incumplimiento del empresario del deber de información sobre la posibilidad de desistimiento. SAP Toledo 15 de junio de 2010 (Sección 1ª).

La actora, CXG Crédito Familiar E. F. C., S. A., interpone demanda contra Da. R. ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrijos, reclamando la cantidad de 2.488,21 Euros, más los intereses legales correspondientes, en concepto de devolución de la financiación solicitada para la adquisición de determinados bienes muebles. La sentencia estima íntegramente la pretensión, considerando que la parte demandada recibió la mercancía cuyo precio se financiaba con el contrato y no acreditó haber ejercido en forma el derecho de revocación.

La demandada, ahora apelante, recurre en apelación la sentencia del Juzgado de Instancia alegando que había ejercido su derecho de desistimiento dentro de los siete días mediante la remisión de un fax a la vendedora, añadiendo que el plazo correcto para dicho desistimiento era de tres meses, y no de siete días, al no acreditar la financiera el haber facilitado a la prestataria el documento de desistimiento.

Analizando los motivos de impugnación, la Sala determina que la demanda nunca podría prosperar íntegramente, al menos en lo atinente a los intereses, en tanto en cuanto en el ejemplar del contrato aportado por la parte demandante aparece en blanco el espacio reservado para consignar el tipo de interés y la tasa anual equivalente. De conformidad con el artículo 7 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, la omisión de la indicación de la tasa anual equivalente tendrá como consecuencia que el consumidor sólo deba pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En definitiva, faltando las indicaciones al tipo de interés y tasa anual equivalente, es claro que el consumidor no deberá interés alguno, sino sólo el capital objeto del contrato.

A ello hay que añadir lo preceptuado por el párrafo 1 del artículo 69 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007, al regular el derecho de desistimiento: *“Cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario*

contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere". El plazo para el ejercicio del referido derecho viene establecido por el artículo 71 del TRLGDCU: "1. El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el derecho de desistimiento (...). 2. Siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación establecido en el artículo 69.1, el plazo a que se refiere el apartado anterior se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios. 3. Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento".

Volviendo al caso enjuiciado, existe en el reverso del contrato un casillero destinado precisamente a informar al consumidor acerca del derecho de revocación y su plazo, pero aparece sin rellenar, sin los datos del agente o vendedor y del cliente y sin la firma de éste. De aquí se deriva el hecho de que al consumidor no se le facilitó al suscribir el contrato el preceptivo documento de desistimiento para que pudiera remitirlo a la vendedor, por lo que el plazo originario de siete días devendría en el de tres meses. Teniendo en cuenta que el contrato se celebró el 18 de enero, el desistimiento, remitido por correo con acuse de recibo el 19 de marzo y recibido el 24 del mismo mes, se encuentra dentro de plazo.

La Audiencia falla estimando el recurso de apelación, revocando la sentencia dictada en primera instancia, absolviendo a la demandada e imponiendo las costas de la instancia a la actora; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la alzada.

M.N.P.J

COMUNIDAD DE BIENES: DETERMINACIÓN DE LA CUOTA: Acreditación de la mayoría de las partes indivisas de la finca. SAP Ciudad Real 8 de julio de 2010 (Sección 2ª).

La actora interpone demanda contra la mercantil Finca el Gallo, S. L. interesando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Comuneros, celebrada el día 23 de noviembre de 2006, al entender que eran fraudulentos por haberse adoptado unilateralmente y en su favor por quien sólo era titular del 20% de los bienes comunes. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Alcázar de San Juan, en sentencia de 10 de marzo de 2009, basándose en la acreditación probada de que la mercantil demandada es titular de cuatro quintas partes del dominio de la finca en copropiedad, desestima la demanda y absuelve a la demandada, declarando, consiguientemente, válidos la totalidad de los acuerdos de administración adoptados en la citada Junta de Comuneros por mayoría e imponiendo las costas a la actora.

La actora, ahora apelante, interpone recurso de apelación asentado en tres motivos diferenciados:

1) Irregular constitución de la comunidad y celebración de la junta y acuerdos, al existir un error en la valoración de la prueba, por cuanto ni se ha acreditado ni hay prueba suficiente de que por Finca el Gallo, S.L. se hubiesen adquirido las cuatro quintas partes de la finca, sino sólo una quinta parte, lo que propiciaría que los acuerdos adoptados quebrantasen el régimen de mayoría exigido legalmente.

2) Tres de las cláusulas de los estatutos requieren unanimidad, por lo que infringirían el artículo 397 del Código Civil.

3) Infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al pronunciamiento que sobre costas contiene la resolución recurrida.

La Sala procede a examinar cada uno de los motivos de impugnación señalados:

1) Es un hecho acreditado documentalmente que la sociedad demandada es propietaria de una quinta parte indivisa de la finca común. Esta adquisición se verificó inicialmente mediante documento privado celebrado entre un particular y la demandada el 23 de enero de 2006, siendo elevado a escritura pública el 10 de marzo de 2006 e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad de Alcaraz con fecha de 30 de marzo de 2006. En cuanto a las otras tres quintas partes de la finca, su titularidad viene acreditada por el documento privado de compraventa concertado entre la sociedad demandada y sus titulares con fecha de 28 de abril de 2006. La apelante, por su parte, alude a la falta de inscripción del referido contrato de compraventa para privarle de eficacia y validez.

La Sala estima que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva; la transmisión del dominio se verifica mediante el contrato traslativo seguido de la entrega de la posesión, siendo indiferente e irrelevante a los fines de acreditar que se había verificado la transmisión tal inscripción. Es más, teniendo en cuenta las comunicaciones preliminares existentes entre las partes, en las que se manifestaba por la mercantil ser titular de las cuatro quintas partes de la finca, unido a que asumía públicamente tal condición, resulta inexplicable que la actora no exigiese ante el Notario la acreditación documental de tal circunstancia cuando esos actos revelaban inequívocamente y de forma concluyente que la demandada ostentaba tal cualidad.

En definitiva, la prueba practicada demuestra que, en el momento de celebrarse la reunión, la sociedad demandada era titular de cuatro quintas partes de la finca común, ostentando, por tanto, la mayoría necesaria para la celebración de acuerdos. El motivo se desestima.

2) En lo concerniente a la nulidad de algunas de las cláusulas contenidas en los estatutos por vulnerar el requisito de unanimidad exigido para su aprobación, la Sala analiza su contenido y determina:

- El artículo 6.2 de los estatutos, que confiere al administrador único la facultad de formalizar contratos como el de arrendamiento de inmuebles por tiempo inferior a seis años, no se reputa nulo por ser judicialmente aceptado que el arrendamiento constituye “un acto ambivalente, que puede ser incardinado, de manera indistinta, en el marco de la categoría de los actos de administración, como en la de los actos meramente dispositivos”. De este modo, “si bien con carácter general el arrendamiento constituye un típico acto de administración, tal principio quiebra cuando, bien por la naturaleza de la cosa o bien por el largo tiempo que se estipule, los derechos de los demás partícipes pudieran quedar limitados o anulados, habiéndose fijado en un plazo temporal inferior a los seis años el límite hasta el cual la jurisprudencia lo considera acto de administración” (*vid.* SSTS 25 sep. 1995 –RJ 1995, 6669); 7 mar. 1996 –RJ 1996, 1881-; 24 abr. 1999 –RJ 1999, 2826).

- El artículo 10 de los estatutos, que acuerda reconocer un derecho de tanteo complementario al de retracto legal, no trata de ampliar el plazo de ejercicio de aquél, sino de conferir otro derecho de adquisición preferente distinto. Por tanto, existe el reconocimiento legal del derecho de retracto, y el fijado no es más que uno previo de igual calado y naturaleza e íntimamente vinculado a aquél, de modo que ni menoscaba

la posición de los copropietarios ni conlleva una alteración en la cosa común que exija el acuerdo unánime, sino sólo el mayoritario.

- El artículo 14 de los estatutos, que confiere amplias facultades al administrador para liquidar la comunidad en caso de disolución por cualesquiera de las causas admitidas en Derecho, simplemente regula y nombra quién liquidará la comunidad cuando concurren dichas causas. Esta estipulación no precisa unanimidad en tanto en cuanto no alcanza a actos sobre la cosa común mientras subsista el condominio, limitándose meramente a determinar el órgano liquidador.

3) En el presente supuesto no existe ninguna razón que ampare o justifique la no imposición de costas a la actora. Sus alusiones a la buena fe, en contraposición a la postura de la sociedad demandada, no son reales ni ciertas. Es más, esa invocada y no demostrada buena fe no es motivo, conforme a la regulación legal, para eximirle de la condena en costas, toda vez que el principio que rige es el del vencimiento con las exclusiones derivadas de serias dudas de hecho y derecho; dudas que no concurren.

La Audiencia falla desestimando íntegramente el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia e imponiendo las costas causas en la alzada a la parte apelante.

M.N.P.J

SEGURO: ARTÍCULO 3 LCS: OBLIGACIÓN DE ENTREGA POR PARTE DE LA ENTIDAD ASEGURADORA DEL CONTRATO DE SEGURO AL ASEGURADO: CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO *VERSUS* CLAÚSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO. SAP Albacete 8 de julio de 2010 (Sección 2ª).

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Albacete se presenta demanda a instancia de Da. E. y sus tres hijos (J., P. y G.) contra Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A., reclamando el abono de 18.598,5 Euros, más los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud de una póliza de seguro de la que su marido era tomador. El Juzgado dicta sentencia el 30 de septiembre de 2009 estimando íntegramente la demanda y condenando a la sociedad demandada al pago de la citada cantidad y ordenando el abono de los intereses aplicando el interés legal incrementado

en un 50% durante los dos primeros años y al tipo de 20% después del segundo año.

Frente a esta sentencia, la parte demandada -ahora apelante-, interpone recurso de apelación, fundado en varios motivos. A saber:

1) Infracción del contenido del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

2) Error en la valoración de la prueba, pues de las pruebas practicadas se deduce con claridad que la compañía de seguros entregó al tomador del seguro toda la documentación pertinente, incluidas las condiciones generales y las particulares.

3) Incorrecta imposición del pago de interés moratorio a la compañía de seguros.

4) Incorrecta condena en costas, al existir dudas de hecho y de derecho.

La Sala procede a examinar los motivos de impugnación señalados:

1) El párrafo primero del artículo 3 LCS preceptúa lo siguiente: *“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurador y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”*. Así lo recoge también la STS 27 nov. 2003 (RJ 2004, 295). La regla general del artículo 3 LCS establece los requisitos para que las cláusulas del contrato de seguro se consideren incorporadas al mismo, sean cláusulas generales, sean cláusulas particulares: a) que se incluyan por el asegurador en la proposición de seguro (si la hubiere) y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario; b) que la póliza y, en su caso, el documento complementario, se suscriba (es decir, se firme) por el asegurado; c) que se entregue al asegurado copia de tales documentos; d) que el condicionado de la póliza se redacte de forma clara y precisa. Cumplidos tales requisitos, las cláusulas quedarán plenamente incorporadas al contrato. En caso contrario, habrán de tenerse por no puestas, según se deduce del propio artículo 3 LCS y del artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando las condiciones generales del contrato no han superado la fase de incorporación o inclusión, no formarán parte del contrato y, en consecuencia, su contenido no será oponible al asegurado (SSTS 29 mar. 2006 –RJ 2006, 1866-; 27 jul. 2006 –RJ 2006, 6146-).

En el caso de autos ha quedado acreditado que la compañía de seguros no entregó al tomador del seguro las condiciones generales del contrato, y es en éstas, concretamente en su artículo 1º.4.D), donde se establece como límite máximo cubierto por el seguro la cifra de 1.502,53 Euros por los honorarios y gastos de abogados y procuradores libremente elegidos por el asegurado. Pues bien, al no haber sido entregadas estas condiciones generales al tomador del seguro en el momento de la celebración del contrato, ni constar en ellas la firma de aquél –de conformidad con el artículo 3 LCS-, habrá que considerar que dichas condiciones no están incorporadas al contrato de seguro y, consecuentemente, la cláusula que fija una cifra máxima como objeto de la cobertura no será oponible al asegurado.

Por otro lado, la Sala alude la cuestión de si la cláusula que fija la suma límite por la que ha de responder el asegurador es de delimitación del riesgo o limitativa de los derechos del asegurado. Atendiendo a una jurisprudencia consolidada, determina que se trata de una cláusula de delimitación del riesgo, aunque ello deviene intrascendente ya que en ambos casos se requiere la aceptación genérica de la cláusula por el asegurado (y específicamente aceptadas por escrito, además, las limitativas), aceptación que presupone la entrega de las condiciones generales al tomador del seguro y su firma. En el supuesto enjuiciado, no habiéndose producido esa entrega, en ningún caso podrá considerarse incorporada al contrato. El motivo se desestima.

2) La apelante basa el supuesto error en la valoración de la prueba en el hecho de que el juzgador de instancia no consideró acreditada la aceptación de las condiciones generales por el asegurado y la entrega al tomador del seguro de una copia de las mismas, en la que consta una limitación de cobertura para la garantía de reclamación de daños. A juicio de la apelante, tal entrega sí se produjo, como confirma con la entrega de la copia de la póliza, con la testifical y con el certificado expedido por un representante de Allianz. Así pues, la apelante pretende probar que entregó las condiciones generales del contrato mediante distintos elementos que, en realidad, no hacen prueba de ese hecho. En primer lugar, aporta una supuesta copia de la póliza, que, tras una simple lectura, se comprueba que no pudo ser la entregada al tomador del seguro

por diferentes razones: en octubre de 2000 la moneda de curso legal era también la peseta, y la póliza únicamente alude a Euros; la copia se refiere a textos legales de los años 2004, 2006 y 2007, deduciéndose que ese documento fue elaborado al menos en 2007. En segundo lugar, la testifical tampoco prospera, en la medida en que el testigo no supo dar una explicación razonable para justificar la ausencia en el archivo de la entidad aseguradora de una copia de la póliza firmada por el tomador, ni las razones por las que la copia aportada por la apelante no lleva la firma del tomador. En tercer lugar, la apelante quiere acreditar la entrega de las condiciones generales del contrato con un certificado redactado unilateralmente, en el que sostiene que sí se entregaron dichas condiciones. El motivo se desestima.

3) En cuanto a la indebida aplicación de los intereses moratorios del artículo 20 LCS, la apelante mantiene que los actores pudieron efectuar la reclamación judicial desde noviembre del año 2004 y, sin embargo, la ejercitan cuatro años después, en noviembre de 2008, generando a su favor el devengo de unos intereses punitivos. De tal declaración se deduce que la apelante parece imputar a los demandantes un retraso desleal en el ejercicio de un derecho. La doctrina señala tres presupuestos para su aplicación: a) transcurso de un período de tiempo, cuya determinación se hará en función de las circunstancias del caso atendiendo a la clase de derecho y a la intensidad de la confianza suscitada; b) omisión del ejercicio del derecho o inactividad de su titular, que ha de serle imputable por no existir obstáculos para el mismo; c) confianza legítima de la otra parte en que el derecho no se ejercitará. Esta circunstancia de retraso desleal en el ejercicio del derecho no se da en el presente caso ya que es clara la falta del requisito tercero: la compañía de seguros no puede acreditar que tenía una confianza legítima en que la otra parte no iba a ejercitar su derecho ya que en el año 2004 los demandantes presentaron una demanda de conciliación, solicitando el pago de la cantidad de 18.598,5 Euros, a lo que la entidad respondió que sólo estaba dispuesta a abonar los 1.502, 53 Euros (límite máximo cubierto). El motivo se desestima.

4) Por último, en lo referente a la condena en costas, la jurisprudencia señala a qué se refiere el artículo 394 LEC cuando alude a las “serias dudas de hecho”: “hay que considerarlo no ya sobre la base de la dificultad de la resolución, sino sobre si existen pruebas que, objetivamente, puedan ser valoradas con gran vigor a favor de la parte que hubiera de resultar condenada en costas, por la mera aplicación del principio del vencimiento”, tratándose, en suma, de “realizar un juicio de razonabilidad sobre la posición de la parte que, en definitiva, pudiera

ser condenada al pago de las costas procesales” (SAP Orense 7 nov. 2002 –AC 2002, 1850-); “las serias dudas de que habla la ley han de ser, no las naturales, comprensibles y justificables divergencias que han dado lugar al debate jurídico, sino dudas graves importantes y de consideración” (SAP Castellón 25 feb. 2005 –JUR 2005, 143-); “la doctrina ha venido a determinar que son serias dudas de hecho aquellos casos en que la prueba practicada admite varias interpretaciones y las posiciones que las partes mantienen a partir de ellas son lógicas y razonables” (SAP Jaén 3 dic. 2004 –AC 2005, 143). En el caso de autos no existen serias dudas de hecho, pues la fijación de los hechos probados alegados por una y otra parte no ha resultado especialmente compleja. Es más, la prueba practicada no admite varias interpretaciones, sino que de ella se deduce con claridad, y sin ningún género de dudas, que la aseguradora no entregó las condiciones generales del contrato al asegurado. En cuanto a las dudas de derecho, la doctrina afirma que es raro el proceso en el que no se suscite alguna duda jurídica, pero en el presente caso no tienen lugar ya que existe una consolidada doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 3 LCS. El motivo se desestima.

La Audiencia falla desestimando el recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada y condenando a la parte apelante al pago de las costas procesales en la alzada.

M.N.P.J

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LESIONES SUFRIDAS DURANTE UN CURSO DE ALPINISMO: IMPROCEDENCIA. SAP Cuenca 15 de julio de 2010 (Sección 1ª).

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cuenca Da. S. interpone demanda contra la Federación de Deportes de Alta Montaña de Castilla-La Mancha, el monitor de alpinismo D. C. F. y la entidad Sabadell Aseguradora, S. A., interesando indemnización por las lesiones sufridas por una caída de 100 metros y 50 grados de inclinación cuando se encontraba realizando un curso de alpinismo. La sentencia desestima la pretensión y absuelve a los demandados.

La actora, ahora apelante, interpone recurso de apelación alegando culpa contractual, toda vez que la relación contractual entre aquella y la Federación queda acreditada por el justificante de pago del curso; relación contractual derivada de una prestación de servicios realizada a cambio de un precio determinado. Además, arguye que la clasificación

del nivel del curso fue adoptada por los propios organizadores y que, durante la ascensión por la pendiente, no recibió instrucción alguna sobre posibles incidentes, peligrosidad y medidas de seguridad a adoptar, ni se le prohibió sentarse una vez parados, momento en el que cayó al suelo resbalándose por la pendiente.

La Sala señala que el fundamento de toda declaración jurídica de responsabilidad parte de un concepto de culpa que ha de quedar encuadrado en el ámbito subjetivo; y si bien existe una tendencia jurisprudencial a una mayor objetivación de la responsabilidad, no se ha llegado a prescindir absolutamente de criterios culpabilísticos en la imputación de aquélla. Pues bien, el que practica un deporte debe asumir las consecuencias inherentes al mismo, con independencia de aquellos casos en los que la causación del daño no viene motivada por el deporte en sí, sino por el estado de las instalaciones donde aquél se practica, por la ausencia de medidas preventivas o, cuando estando en una fase de aprendizaje, el que enseña no adopte las medidas de precaución o los instrumentos adecuados para ello.

En el presente caso no resulta probado el incumplimiento imputado al monitor del curso, coincidiendo los testigos en afirmar que se adoptaron las correspondientes medidas de seguridad, que el día anterior se efectuaron ejercicios de autodetención, que pararon en la plataforma granítica y que la actora “hizo algo que no podía, sentarse”. De ahí que no pueda estimarse la existencia de infracción alguna de la que poder deducir la concurrencia de una negligencia imputable al demandado, que determine la de la Federación que lo contrató, ni la de su aseguradora.

La Audiencia falla estimando parcialmente el recurso de apelación, revocando parcialmente la sentencia recurrida en el solo sentido de que cada parte deberá satisfacer las costas propias y las comunes por la mitad, tanto las causadas en primera instancia como las de la alzada.

M.N.P.J

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LESIONES SUFRIDAS A CONSECUENCIA DE LA COGIDA DE UN TORO EN UN ENCIERRO: IMPROCEDENCIA: INTERVENCIÓN DE CULPA DE LA VÍCTIMA. SAP Albacete 27 de julio de 2010 (Sección 1ª).

El actor interpone en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hellín demanda contra la entidad aseguradora del Ayuntamiento de

Ayna, La Patria Hispana, S. A., interesando indemnización de 120.382, 28 Euros, más los intereses de demora del artículo 20 LCS, por las heridas sufridas al ser embestido por un toro en los festejos taurinos celebrados en el pueblo de Ayna cuando aquél no participaba en el encierro. La sentencia estima parcialmente la pretensión y condena a la demandada a abonar la cantidad reclamada.

La aseguradora demandada, ahora apelante, recurre basándose en los presupuestos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del Código Civil. Para que nazca una obligación de indemnizar fundada en dicha responsabilidad es imprescindible un acto u omisión atribuible a la persona a quien se exige resarcimiento, un resultado perjudicial para los bienes jurídicos de la víctima que reclama, un reproche al menos a título de culpa al responsable y una relación de causa a efecto entre acto y resultado. En el presente caso no hay duda ni del acto (la marcha de los toros por las calles de Ayna y la cogida del demandante, grabada en vídeo), ni del resultado perjudicial por las graves heridas que sufrió, ni de la relación de causalidad entre ambas. El problema radica en que en el caso enjuiciado no concurre negligencia o imprudencia por parte del organizador –el Ayuntamiento de Ayna–.

Con la prueba practicada, especialmente con la grabación de vídeo aportada, se acredita que la víctima no se encontraba en la ladera abrupta en la que se podía presenciar la fiesta sin riesgo, más allá del alcance de cualquier toro, sino que había bajado lo suficiente para que el animal le embistiera y alcanzara, causándole las graves heridas que sufrió. Por tanto, hay que calificar al actor como participante, pues “para tener tal consideración no hace falta correr delante del toro, ni citarle, sino que basta colocarse en el lugar por donde éste va a pasar, teniendo la opción de colocarse en otro mucho más seguro desde el que observar perfectamente el espectáculo”.

Concluyendo, la víctima, al colocarse cerca de la calzada, asumió el riesgo de que le embistieran los toros que iban a pasar, aunque no participara de forma más activa. Así pues, no se puede atribuir negligencia al Ayuntamiento organizador ni a su aseguradora.

La Audiencia falla estimando el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia y absolviendo a la compañía aseguradora demandada; todo ello sin hacer especial condena en costas en ambas instancias.

M.N.P.J

DIVORCIO: RÉGIMEN DE VISITAS, ALIMENTOS FAMILIARES Y PENSIÓN ALIMENTICIA. SAP Guadalajara 14 de septiembre de 2010 (Sección 1ª).

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara, en sentencia de 23 de octubre de 2009, estimó parcialmente la demanda interpuesta por Da. A frente a su esposo D. B., decretando el divorcio del matrimonio y acordando una serie de medidas: atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre; adjudicación de la vivienda familiar y el ajuar doméstico a los hijos y a la ex esposa; derecho de visitas del padre; satisfacción conjunta de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar; abono por el padre de pensión alimenticia a favor de cada uno de los hijos por importe de 400 Euros mensuales; pago conjunto de los gastos extraordinarios relativos a la salud, educación y cuidado y de los hijos; y disolución de la sociedad de gananciales y posterior liquidación.

Da. A. interpuso recurso de apelación impugnando el régimen de visitas y el importe de la pensión alimenticia a satisfacer por el padre, a la vez que solicitaba el establecimiento de una pensión compensatoria.

En cuanto al régimen de visitas, la apelante pide su reducción acogiendo a la dependencia al consumo del alcohol que padece el demandado, a los dos accidentes domésticos acontecidos con ocasión de la permanencia de los menores con su padre, al incumplimiento del régimen de visitas y al incumplimiento de las manifestaciones en su momento realizadas en lo tocante a la inscripción de los menores en diversas actividades extraescolares que mejorarían su rendimiento académico. Para resolver esta cuestión la Sala alude al “principio del “favor filii” que rige en esta materia y que exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de éstos, aun cuando no hubieran sido expresamente pedidas por las partes”. Así, “el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias”. En definitiva, “es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del CC (arts. 92, 93, 94, 103.1º, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores, siendo el beneficio de los hijos la razón de ser o fundamentos de las prescripciones legales”. Pues bien, en el caso de autos, el

informe elaborado por la UCA del SESCAM y las recomendaciones emitidas por la psicóloga adscrita a los juzgados, así como el abandono por el demandado del tratamiento por consumo compulsivo de alcohol –no significando que dicho consumo de alcohol continuase- y la demanda por los propios menores del contacto intersemanal con su padre, constatan la conveniencia de mantener el régimen de visitas establecido en la resolución apelada. El motivo se desestima.

En relación al importe fijado en la instancia en concepto de alimentos a favor de los menores (400 Euros a razón de 200 Euros para cada hijo), la apelante solicita una cantidad superior, de 700 Euros (350 Euros para cada menor). Tal y como establece el artículo 146 del Código Civil, *“la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”*, conformándose como verdaderamente relevante para decidir el importe de la contribución alimenticia del demandado su efectiva disponibilidad económica, pues no podrá imponérsele un gravamen que exceda de lo que puede asumir en atención a sus ingresos. En este punto conviene aclarar que *“se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”*, comprendiendo también *“la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no hay terminado su formación por causa que no le sea imputable”* (artículo 142 CC).

Por todo ello, y en atención a unos ingresos fijos del demandado que rozan los 600 Euros mensuales por el concepto de pensión de invalidez, y otros indeterminados procedentes de su trabajo como autónomo, y teniendo en cuenta el desembolso que le supondrá el arrendamiento de nueva vivienda (250 Euros mensuales) y el abono de la mitad de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar (650 Euros), la Sala estima que las necesidades de los niños quedan cubiertas con los 200 Euros que a favor de cada uno de ellos se estableció en la instancia. El motivo se desestima.

Por último, la solicitud de pensión compensatoria por parte de la apelante no prospera. Y ello porque no se produce la situación de desequilibrio que faculta la concesión de aquélla: al tiempo de dictarse la sentencia de instancia, los ingresos de la apelante alcanzaban los 1000 Euros mensuales; mientras que la situación económica del apelado es limitada.

La Audiencia falla desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia apelada, sin imposición de costas de la alzada.

M.N.P.J

NOTAS DE ACTUALIDAD

NOTAS DE ACTUALIDAD

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

XI EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 10 al 27 de enero de 2011

PRESENTACIÓN:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la XI Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS,

La XI Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 10 al 27 de enero de 2011, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, La Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

- Globalización y derecho ambiental: nuevos instrumentos para la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.
- Responsabilidad civil contractual y extracontractual

- La Propiedad Intelectual en la sociedad de la información y del entretenimiento
- Derechos Fundamentales y garantías constitucionales en la perspectiva del Siglo XXI
- Gestión Tributaria
- Gobierno de empresas y sociedades mercantiles
- Derecho penal económico y de la empresa
- Derecho de la abogacía y habilidades profesionales
- Trabajo y Derechos Fundamentales en la crisis económica (eficacia y garantía de los derechos laborales tras el crack de 2008)
- Resolución de conflictos y estrategias de negociación

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>
Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es
Telf. 925 256351 / 680 222319

